

University of Groningen

## Hoe ik rechtssocioloog werd en wat ik deed toen ik het eenmaal was

Griffiths, J.

*Published in:*  
Recht der Werkelijkheid

**IMPORTANT NOTE:** You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

*Document Version*  
Publisher's PDF, also known as Version of record

*Publication date:*  
2006

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

*Citation for published version (APA):*

Griffiths, J. (2006). Hoe ik rechtssocioloog werd en wat ik deed toen ik het eenmaal was. *Recht der Werkelijkheid*, (2), 23 - 42.

### Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

### Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

*Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.*

**RECHT DER WERKELIJKHEID**  
Tijdschrift voor de Sociaal-Wetenschappelijke Bestudering van het Recht

**Redactie:**

prof.dr. F. Bruinsma  
dr. N. Doornbos  
dr. B.R. Dorbeck-Jung  
prof.mr. N.J.H. Huls  
mr.dr. A. Jettinghoff  
prof.mr. H.O. Kerkmeester  
mr.dr. M. Malsch  
mr.dr. W. van Rossum  
dr. H.A.M. Weyers

**Redactiesecretariaat:**

e-mail: [n.doornbos@law.uu.nl](mailto:n.doornbos@law.uu.nl)

**Redactie-assistentie en lay-out:**

mw. M. van Bon  
e-mail: [M.vanBon@law.uu.nl](mailto:M.vanBon@law.uu.nl)

*Recht der Werkelijkheid is een interdisciplinair platform voor reflectie op het gebied van rechtssociologie, rechtsantropologie, bestuurskunde, rechtseconomie, rechtspsychologie en rechtsgeschiedenis. Het richt zich in het bijzonder op vernieuwende empirisch-theoretische bijdragen over de maatschappelijke ontwikkelingen en de huidige betekenis van het recht.*

*Recht der Werkelijkheid* maakt bij de beoordeling van de aangeboden artikelen gebruik van referenten van buiten de redactie. Auteurs wordt verzocht om in een vroegtijdig stadium contact op te nemen met het Redactiesecretariaat (zie boven) en kennis te nemen van de ‘Aanwijzingen voor auteurs’, zoals weergegeven op de website: [www.kun.nl/vsr](http://www.kun.nl/vsr).

Publicaties die ter bespreking worden aangeboden aan *Recht der Werkelijkheid* dienen te worden verzonden aan mr.dr. A. Jettinghoff (e-mail: [a.jettinghoff@jur.ru.nl](mailto:a.jettinghoff@jur.ru.nl)).

*Recht der Werkelijkheid* is het orgaan van de Vereniging voor de Sociaal-Wetenschappelijke Bestudering van het Recht (VSR). De leden van de VSR ontvangen *Recht der Werkelijkheid* gratis. U kunt lid worden door u aan te melden bij het secretariaat van de VSR, p/a dr. Roel Pieterman, Faculteit Rechtsgeleerdheid EUR, Postbus 1738, 3000 DR Rotterdam, tel. 010 4081620, e-mail [pieterman@frg.eur.nl](mailto:pieterman@frg.eur.nl).

Het lidmaatschap kost € 59 per jaar. Een gereduceerd tarief van € 44 per jaar wordt gehanteerd voor aio's, oio's, onderzoeksassistenten of zij die op andere aannemelijke gronden daarop aanspraak kunnen maken. Niet-leden van de VSR, kunnen zich abonneren op *Recht der Werkelijkheid* door zich aan te melden bij de uitgever. Alle correspondentie dient men te richten aan:

H. Koehler  
Reed Business Information  
Postbus 16500  
2500 BM 's-Gravenhage      tel. 070-4415155

© 2006 Reed Business Information, 's-Gravenhage

Behoudens de door de wet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd en/of openbaar gemaakt zonder schriftelijke toestemming van de uitgever die daartoe door de auteur(s) met uitsluiting van ieder ander onherroepelijk is gemachtigd.

ISBN  
ISSN

## Inhoudsopgave

|  |   |
|--|---|
| Van de redactie<br><i>Freek Bruinsma</i> | 1 |
|--|---|

### ARTIKELEN

|   |    |
|---|----|
| Omgaan met illegale drugs<br><i>Tim Boekhout van Solinge</i>                                | 9  |
| Hoe ik rechtssocioloog werd en wat ik deed toen ik het eenmaal was<br><i>John Griffiths</i> | 23 |

### FORUM

|   |    |
|---|----|
| Naar invoering van lekenrechtspraak<br><i>Maarten de Voogd</i>                        | 45 |
| Lekenrechtspraak: snelle oplossing voor onduidelijk probleem<br><i>Marijke Malsch</i> | 51 |

### RECENSIES & SIGNALEMENTEN

|   |    |
|---|----|
| Rechtseconomie van privaatrechtelijke aansprakelijkheid<br><i>André Hoekema</i> | 59 |
| Lekenrechtspraak in België: het insiderperspectief<br><i>Paul de Hert</i>       | 71 |
| Journal of Legal Pluralism Overview<br><i>Wibo van Rossum</i>                   | 75 |
| Over de auteurs   | 83 |



Op deze plaats in ons tijdschrift worden regelmatig en niet zonder reden vraagtekens geplaatst bij de toekomst van ons vak. Zo schrijft Alex Jettinghoff in het vorige nummer: 'De positie van rechtssociologie in Leiden, Amsterdam (2x) en Tilburg is marginaal geworden (om maar te zwijgen van Maastricht, FB). Het voortbestaan van een sterke rechtssociologische presentie aan juridische faculteiten is geen vanzelfsprekendheid geworden.' Nu bestond ook in de hoogtijdagen de presentie per rechtenfaculteit over het algemeen uit weinig meer dan anderhalve man en een paardenkop, maar het grootste risico dat ons voortbestaan bedreigt komt volgens mij niet van buiten, maar van binnen, namelijk als we er zelf niet meer in geloven. Waarin? Dat we een eigen bijdrage hebben in het voortdurende debat over recht en maatschappij en dat praktijkjuristen, rechtenstudenten en collegae in de rechtenfaculteit van deze bijdrage kennis dienen te nemen. Eén van de projecten van *Teaching in Law and Society* (een Collaborative Research Network van de Law & Society Association, die 'acte de présence' zal geven op het congres in Berlijn in de zomer van 2007) betreft de ontwikkeling van 'een' - met de pretenties van 'de' - canon van de rechtssociologie. Zoals de commissie Van Oostrom alle Nederlanders geattendeerd heeft op 50 'vensters'<sup>1</sup> van nationale identiteit, zo kan de CRN *Teaching in Law and Society* straks alle juristen in de wereld wijzen op de canon van de rechtssociologie die in elke zichzelf respecterende juristenopleiding thuis hoort. Voor deze canon in de rechtssociologie kandideer ik hierbij een venster, getiteld: advocatuur tussen professie en profijt. De rechtssociologische identiteit ervan komt tot uiting in de beredeneerde afstand ten opzichte van enerzijds het traditionele en achterhaalde juristenbeeld van de advocatuur als een vrij beroep en anderzijds het rechtseconomische model van advocaten als ondernemers in rechtshulp.

In Nederland ging dit venster open bij de nabeschouwing van wat een ander venster kan worden. In het voorjaar van 2004 nam de Tweede Kamer de motie De Vries c.s. (TK 29 279, nr.7) aan, waaruit ik de volgende passages citeer:

Overwegende, dat het WRR-rapport 'De toekomst van de nationale rechtsstaat' weinig aandacht besteedt aan de rol, positie en betekenis van de advocatuur;

van mening, dat er de afgelopen jaren grote veranderingen plaatsvinden met betrekking tot de advocatuur die aanleiding moeten zijn ook daaraan een diepgaande analyse te wijden;

---

<sup>1</sup> Geen lijstjes maar vensters, d.w.z. hoofdpersonen, gebeurtenissen en plekken aan de hand waarvan een breder verschijnsel wordt behandeld. 'Rembrandt zit erin, maar niet om daarmee Vermeer eruit te duwen. We willen lezers juist via Rembrandt verleiden naar Vermeer te kijken', aldus Van Oostrom in *de Volkskrant* van 16/10/2006. Zo ook bij dit venster: er zijn overeenkomsten en verschillen tussen de advocatuur en bijvoorbeeld het notariaat.

nodigt de regering uit om deze analyse te doen uitvoeren en de uitkomsten aan de Kamer aan te bieden.

Tezelfdertijd was in het NJB een publicatie verschenen van de hand van Jakko Gunst en ondergetekende ('Hoe commercieel zijn advocaten? MNP en MDP in ieder geval een brug te ver', NJB 2004, pp. 1020-6). Dit betreft een secundaire analyse van een enquête onder advocaten van twee jaar eerder (NJB 2002, afl. 21), aangevuld met interviews met bestuurders/managing partners van grote en middelgrote kantoren. Hieruit zijn drie lessen te trekken: (1) Het draagvlak van de Orde is nog geen 10 procent, zo blijkt uit de antwoorden op de stelling: 'De standpunten van de Orde geven mijn opvattingen over het algemeen goed weer.' Van de 31 procent 'eens' moet 22 procent 'oneens' worden afgetrokken. De meeste advocaten (47%) worden warm noch koud van de Orde. (2) De meest voor de hand liggende verklaring voor dit gebrek aan steun bij de achterban is de discrepantie tussen het traditionele door de Orde uitgedragen beeld van de advocatuur – onze 'core business' is procesvertegenwoordiging voor iedereen – en de heterogene beroepspraktijk. (3) De meest commerciële en rechtszaakmijdende kantoortypen, te weten MNP's ('multinational partnerships') en MDP's ('multidisciplinary partnerships', met name met accountants) zijn in Nederland niet of nauwelijks van de grond gekomen. Dat ligt echter niet zozeer aan het geloof in de traditionele waarden van de advocatuur als wel aan bezorgdheid over het verlies aan – vooral financiële – zeggenschap in de eigen toko. Voor 'unverfrozen' commerciële advocatuur met uitsluitend aandacht voor de internationale transactiepraktijk is de Nederlandse advocatuur te licht gebouwd gebleken.

In december 2004 deelde minister Donner de Tweede Kamer mee dat hij aan de motie De Vries uitvoering zou geven door – hoe kan het in Nederland ook anders – een commissie in te stellen (TK 29 279, nr. 20). Die zou antwoord gaan geven op onder meer de volgende vragen: voldoet de advocatuur in haar huidige constellatie nog wel aan de eisen van de samenleving en het rechtsbestel? (p.2), als een advocaat niet meer procedeert, hoe kan hij dan zijn vakmatige bekwaamheden op peil houden en is het dan nog gerechtvaardigd dat hij diverse privileges geniet? (p.3), en: past de huidige (50 jaar oude) organisatievorm van de beroepsgroep nog wel bij de werkelijkheid van heden? (p.7).

Op basis van de enquêteresultaten, de secundaire analyse en de interviews is mijn antwoord een empirisch gefundeerd drie keer 'nee'. Op de te verwachten vervolgvraag: hoe dan wel?, is mijn antwoord dat aangesloten zou moeten worden op de tendens van specialisatie. 'De commissie heeft te weinig werk gemaakt van specialisatie als een nieuwe bron van beroepstrots en identificatie. Specialisatieverenigingen blijken heel goed praktijkprofielen te kunnen ontwikkelen met een op de specialisatie toegesneden mix van procederen en adviseren en zouden daar certificaten voor kunnen uitreiken. Privileges kunnen afhankelijk gesteld worden van een actief lidmaatschap van tenminste één spe-

cialisatievereniging.’ Dat schreef ik nadat de commissie Van Wijmen in april 2006 haar advies had uitgebracht (NJB 2006, p. 1252).<sup>2</sup>

De commissie, vrijwel uitsluitend bestaande uit juristen, meende echter te kunnen volstaan met een ‘face lift’ en een voorstel. De ‘face lift’ bestaat uit de aanbeveling om de kernwaarden van de advocatuur (het zijn er zes geworden: onafhankelijkheid, partijdigheid, integriteit, vertrouwelijkheid, deskundigheid en publieke verantwoordelijkheid voor de goede rechtsbedeling) expliciet in de Advocatenwet op te nemen. Dat is symboolwetgeving als je het een rechtssocioloog vraagt. Bovendien nodigt elke limitatieve opsomming uit tot minstens even goede andere voorstellen, en dat is voor een wettekst gezagsondermijner dan voor een canon. Onder verwijzing naar de exorbitant hoge inkomens in de commerciële advocatuur, bepleit Coen Drion, zelf advocaat, bijvoorbeeld een code Tabaksblad voor de advocatuur (NJB 2006, p. 2167).

De commissie kwam verder met het voorstel van een Regelgevende Raad voor de Advocatuur met een meerderheid van onafhankelijke deskundigen. De motivering luidt: ‘Zo wordt vanuit rechtssociologische hoek aan de legitimiteit van zelfregulering ernstig getwijfeld. De historisch gegroeide situatie van zelfregulering binnen een publiekrechtelijke beroepsorganisatie doet onvoldoende recht aan de gewijzigde maatschappelijke verhoudingen. Van buitenaf bekeken heeft zelfregulering de schijn tegen.’ (cie.-rapport, p.32-33). Deze ondanks de Fortuyn-revolte on-Nederlandse gedachte – per slot van rekening waren de notarissen (sinds 1999) en de gerechtsdeurwaarders (sinds 2001) nog maar net pbo’s geworden – was de commissie aan de hand gedaan in een ‘position paper’ van de rechtssociologen Nick Huls en Zayenne Laclé.<sup>3</sup> Laatstgenoemde was op studiebezoek geweest in Engeland en had daar kennis genomen van de plannen van Sir David Clementi, een accountant die in zijn eentje de hele rechtshulp aldaar op de schop had genomen (zie [www.legal-services-review.org.uk](http://www.legal-services-review.org.uk)). Eén van zijn plannen was de instelling van een Legal Services Board.

Terwijl aan de andere kant van het Kanaal inmiddels voortvarend gewerkt wordt aan de implementatie, liet de kersverse minister van Justitie, Hirsch Ballin, de Tweede Kamer in oktober 2006 weten dat hij het idee van de ‘face lift’ wilde overnemen en dat hij het voorstel van een regelgevende raad zou afzwakken tot een adviesraad: daarmee zou de externe legitimering van de regelgeving van de Orde voldoende gewaarborgd zijn.

Met andere woorden, hoezeer de maatschappelijke omstandigheden en de advocatuur ook mogen zijn veranderd, volgens de regering kan de Advocatenwet van 1952, gebaseerd op de ideologie van het vrije beroep met een corporatistische koepelorganisatie, nog wel even mee. Deze pathologische ontkenning

---

2 Ik heb deze rechtssociologische wijsheden ingebracht tijdens een rondetafelconferentie op 3 september 2004 (een initiatief van het MvJ) en tijdens het strategisch winterberaad van de Orde op 21 en 22 januari 2005, maar mij werd al vrij snel duidelijk dat NOvA en MvJ op dezelfde lijn zaten: zo min mogelijk verandering.

3 Ook afzonderlijk gepubliceerd: N.J.H. Huls & Z.D. Laclé, *Meer macht voor de consument? Een position paper ten behoeve van de Commissie Van Wijmen*, Den Haag: Bju, 2006.

van de maatschappelijke werkelijkheid onderscheidt de jurist van de rechtssocioloog.

Op aandringen van het ministerie van Economische Zaken was ook een rechtseconoom in de commissie opgenomen, in de persoon van Roger van den Bergh. Die had er op zijn beurt voor gezorgd dat op de expertmeeting van 9 november 2005 in ieder geval ook Frank Stephen aanwezig zou zijn, een rechtseconoom van de universiteit van Manchester. Diens bijdrage was echter niet zoals Van den Bergh had gehoopt en wordt goed samengevat in de literatuuranalyse van de 'position paper': 'Het bestaande empirische materiaal dat de houdbaarheid van economische markttheorieën in de praktijk van juridische dienstverlening bevestigt is gering en niet onomstreden' (p.67). In de commissie stond Van den Bergh dan ook alleen in zijn voorstel om de pbo-structuur te vervangen door een Juridische Autoriteit: indien het procesprivilege ook aan andere rechtshulpverleners wordt gegund, dan 'kunnen zich op langere termijn verschillende kwaliteitslabels ontwikkelen die de informatieasymmetrie in de markt van de juridische hulpverlening reduceren' (p.30). Het antwoord van de rechtseconomie op informatieasymmetrie is georganiseerd wantrouwen: een combinatie van meer aanbieders, een beter geïnformeerde vraag en een overheidsinspectie zal de rechtshulpverlener mores leren.<sup>4</sup> 'Trust me, I'm lawyer', staat op een T-shirt dat ik eens in de VS gekocht heb. De Advocatenwet van 1952, binnenkort opgepimpt met kernwaarden, berust op de naïeve gedachte dat de informatieasymmetrie gecompenseerd kan worden door richtinggevende kernwaarden en een afstandsbediening in handen van de Orde. De rechtssociologie heeft het bij het rechte eind door het midden te houden tussen het blinde vertrouwen van de jurist en het georganiseerde wantrouwen van de rechtseconoom. Wat beweegt de gemiddelde advocaat?

Drie drijfveren zijn onderscheiden, namelijk: mensen van dienst zijn op juridisch gebied, het oplossen van juridisch interessante problemen en het op- en uitbouwen van een eigen praktijk. In het algemeen geldt dat de drijfveer 'juridisch interessante problemen oplossen' (gemiddeld 1,81, op een schaal van 1 – zeer belangrijk – tot 5 – zeer onbelangrijk) het belangrijkste is, op de voet gevolgd door 'mensen van dienst zijn' (gemiddeld 1,86). Hekkensluiter is 'het opbouwen van een eigen praktijk' (gemiddeld 2,32).<sup>5</sup> (NJB 2002, p. 1023)

Informatieasymmetrie is een probleem dat door professionele deskundigheid wordt opgeroepen maar tegelijkertijd, zo blijkt uit empirisch onderzoek, door een professionele dienstverlening wordt opgelost. Gedragsbeïnvloeding en dus ook gedragscorrectie zijn het meest effectief op het mesoniveau van het kantoor en de specialisatievereniging. Aansporingen met wettelijk vastgelegde waarden of met marktprikkels hebben hoogstens aanvullende betekenis. Vandaag de dag bestaat advocatuur uit het veelal in teamverband verlenen van een gespecialiseerde juridische dienst en dat is mijlenver verwijderd van het traditionele beeld

---

4 Zie verder de bijdrage van Baarsma & Felsö in het vorige nummer (RdW 2006/1, p. 57 e.v.).



van de advocaat in toga zoals vereeuwigd door Daumier. En het is ook mijlenver verwijderd van het rechtseconomische model van de geldbeluste advocaat die zijn spullen aan argeloze voorbijgangers op de markt probeert te slijten.

Jammer genoeg ontbreekt dit rechtssociologisch perspectief in de ‘position paper’ van Huls & Laclé. Dat komt omdat ze de geloofsbrieven van de rechtssociologie zijn kwijtgeraakt in de potpourri van de Clementi-opdracht: ‘To recommend a framework which will be independent in representing the public and consumer interest, comprehensive, accountable, consistent, flexible, transparent, and no more restrictive or burdensome than is clearly justified’. Hier worden rechtssociologie, rechtseconomie, politieke theorie, bestuurskunde en rechtsgeleerdheid in een mixer van beleidsrelevantie gedaan met de opdracht om binnen een bepaalde termijn (‘to make recommendations by 31 December 2004’) met iets te komen.

Ik stel voor dat de Tweede Kamer de behandeling van de herziening van de Advocatenwet uitstelt omdat de wetenschappelijke basis daarvoor ontbreekt. De motie De Vries vroeg om een ‘diepgaande analyse’ en de commissie Van Wijmen constateerde dat de tijd heeft ontbroken voor een ‘diepgaand empirisch onderzoek’. Een rechtssociologisch verantwoord onderzoek over de advocatuur kan zowel de wetenschappelijke basis zijn voor de herziening als de primaire bron worden van het venster ‘Advocatuur tussen professie en profijt’ in de canon van de rechtssociologie.

Freek Bruinsma



## **ARTIKELN**



## Omgaan met illegale drugs

Tim Boekhout van Solinge

Voor mijn dissertatie heb ik onderzocht waarom Europese landen zo verschillend met illegale drugs omgaan. Hiervoor zijn Frankrijk, Nederland en Zweden onder de loep genomen. De drie landen zijn vergelijkbaar in de zin dat zij alle drie rijke, democratische Europese welvaartsstaten zijn. Ook hebben ze de drie internationale drugsverdragen van 1961, 1971 en 1988 geratificeerd, die de basis vormen van het wereldwijde verbod op drugs. De drie landen zijn ook lid van de Europese Unie, wat betekent zij in toenemende mate beleid op elkaar afstemmen. Weliswaar is drugsbeleid nog hoofdzakelijk een nationale aangelegenheid, EU-maatregelen leiden wel tot toenemende samenwerking en daardoor tot minder nationale autonomie. Ondanks deze overeenkomsten, vertonen de drie landen toch aanzienlijke verschillen in de wijze waarop zij omgaan met illegale drugs. Net als andere westerse landen, werden zij in de jaren zestig geconfronteerd met het gebruik van illegale drugs, maar elk land heeft sindsdien een eigen, unieke manier gevonden om het drugsfenomeen te duiden, te interpreteren, en er vervolgens op te reageren met een nationaal beleid.

Frankrijk, Nederland en Zweden beslaan met hun verschillende drugsaanpak het huidige Europese spectrum van drugsbeleid. Er wordt wel gedacht dat Nederland met zijn coffeeshopbeleid de uitzondering in Europa is, maar dat hangt er maar vanaf welk criterium wordt gebruikt. Als *harm reduction* het uitgangspunt vormt, de internationale beleidstrend van pragmatische maatregelen die beogen de gezondheidsschade van druggebruik te beperken, dan is Zweden eerder de Europese uitzondering, gelet op het haast compromisloos vasthouden aan het ideaal van een drugsvrije samenleving. Hadden de meeste Europese landen in de jaren zestig en zeventig hoofdzakelijk een repressief beleid, sinds de jaren tachtig wordt in veel landen een pragmatischer, minder strafrechtelijk beleid gevoerd dat meer nadruk legt op volksgezondheidsaspecten. Met Nederland als voorloper van *harm reduction*, en Zweden dat zich daar vanaf keert, vormen de twee landen thans de twee polen van het Europese drugsbeleidspectrum. Frankrijk beweegt zich daartussenin. Werd daar met de strenge drugswet van 1970 in eerste instantie een repressief beleid opgezet, sinds de jaren negentig heeft zich ook in Frankrijk een gezondheidsgeoriënteerd beleid van *harm reduction* ontwikkeld. Met name het Franse heroïne vraagstuk is tegenwoordig in hoge mate gemedicaliseerd, zoals blijkt uit het feit dat Frankrijk thans Europees voorloper is bij het voorschrijven van substitutiemiddelen als methadon aan heroïnegebruikers. Frankrijk staat zo voor de Europese trend richting *harm reduction*, al blijft de repressieve kant van het Franse drugsbeleid sterk aanwezig.

De vraag waarom in verschillende Europese landen zo verschillend wordt omgegaan met illegale drugs is echter nauwelijks onderzocht. Gewoonlijk wordt ervan uitgegaan dat deze verscheidenheid in aanpak wordt verklaard door verschillende drugsproblemen, zoals de aard of de omvang van het drugsprobleem. Dit is echter niet het geval, want uit mijn onderzoek blijkt onder meer dat als druggebruik en drugsbeleid in internationaal perspectief worden geplaatst, er geen correlatie bestaat tussen de omvang van het druggebruik in een bepaald land en het strenge of soepele beleid dat ten aanzien daarvan wordt gevoerd.

Tijdens het veldwerk dat ik in de drie landen verrichtte sprak ik met allerlei betrokkenen, variërend van gebruikers en dealers tot artsen, wetshandhavers en beleidsmakers. Daarbij viel op dat in elk land een nationale kijk op de drugsproblematiek leek te bestaan, onafhankelijk van de vraag of de drugsproblemen groot of klein waren. In elk land bleek het gehele drugsvraagstuk anders geconstrueerd, gebaseerd op volstrekt andere wetenschappelijke theorieën. Ook bleken betrokkenen in de drie landen haast andere ‘drugstalen’ te spreken, zich bedienend van andere (wetenschappelijke) termen voor het drugsfenomeen.

Waarom hebben deze drie Europese landen zulk een verschillend drugsbeleid? Waarom verschilt niet alleen de praktijk van het drugsbeleid, bestaande uit een gezondheidskant en een bestrijdingscomponent, maar zijn ook de wetenschappelijke gronden en theorieën waarop het is gefundeerd zo geheel anders? Welke factoren of actoren zijn hierop van invloed geweest? Is het mogelijk om op foucaultiaanse wijze te achterhalen welke actoren en factoren hierop invloed, of beter gezegd definitiemacht, hebben gehad?

### **Omgaan met verboden drugs**

Allereerst dient te worden vastgesteld dat landen gedurende de twintigste eeuw ernstig beperkt zijn geraakt in hun mogelijkheden met drugs om te gaan. Druggebruik is van alle tijden, maar tijdens de twintigste eeuw zijn cannabis, cocaïne, morfine, heroïne en vele andere, inmiddels honderden, psychoactieve stoffen geleidelijk komen te vallen onder een mondiaal prohibitieregime. Begon dit in 1912 met het Haags opiumverdrag, na de Tweede Wereldoorlog ontwikkelde het zich verder met de VN-drugsverdragen van respectievelijk 1961, 1971 en 1988. De psychoactieve stoffen die in respectievelijk 1961 (plantaardige stoffen) en 1971 (hoofdzakelijk synthetische stoffen) worden genoemd, mogen louter mogen worden gebruikt voor medische of wetenschappelijke doeleinden. Het Verdrag tegen de Sluikhandel van 1988 schrijft bovendien voor dat het in bezit hebben van genoemde stoffen strafbaar dient te worden gesteld in nationale wetgeving. Nagenoeg alle landen ter wereld hebben de drie drugsverdragen geratificeerd, waarmee dit verbodsregime mondiaal is geworden. Ook behoren de drie verdragen tot de *acquis*, de juridische basis van de EU, waardoor Europese lidstaten minder gemakkelijk een afwijkend beleid kunnen voeren.

Drugs zijn weliswaar overal verboden, tussen landen bestaan grote verschillen in de wijze waarop vorm wordt gegeven aan dit verbod. De Amerikaanse sociologen Craig Reinerman en Harry Levine (1997: 322) kenschetsen daarom het drugsverbod als een continuüm waarop landen zich bevinden en bewegen.

De ene pool van dit prohibitiecontinuüm wordt gevormd door punitieve prohibitie, met een sterke nadruk op repressie, zoals de Amerikaanse *War on Drugs*. Het andere uiterste van het continuüm wordt gevormd door wat zij noemen gereglementeerde prohibitie, zoals de in Nederland gedoogde cannabisverkoop door coffeeshops. Wat betreft de variaties binnen het Europese spectrum van drugsprohibitie, worden zoals gezegd de polen bepaald door de Nederlandse en de Zweedse variant.

Wat kan worden gezegd over de achtergrond van die verschillen in drugsbeleid? Als wordt gekeken naar de geschiedenis van het repressieve Amerikaanse drugsbeleid, veel meer beschreven dan de Europese, zoals in Musto's (1999) standaardwerk *The American Disease*, dan valt op dat het in ieder geval te maken heeft met de repressieve en punitieve tradities van de Amerikaanse samenleving. Het is uit de literatuur (bijvoorbeeld Gerritsen 1993) ook bekend dat dit drugsbeleid niet kan worden begrepen zonder ook te kijken naar de (machts)verhoudingen tussen verschillende etnische groepen van de Amerikaanse samenleving. Het waren namelijk vooral de dominante protestante blanken ('WASP') die bepaalden dat het middelengebruik van andere groepen onwenselijk was, zoals het opiumroken door Chinezen, het coca- en cocaïnegebruik door Afro-Amerikanen en het marihuanaroken door Mexicaanse immigranten. De eerste Amerikaanse drugswetten legden in de eerste plaats dan ook de drugspraktijken van immigrantengroepen aan banden. Iets vergelijkbaars gold overigens voor de alcoholprohibitie (1920-33), die vooral gericht was tegen de alcoholpraktijken van katholieke immigranten als de Ieren, Italianen en Polen (Nadelmann 1990).

Alexis de Tocqueville (1981: 392), in zijn beroemde negentiende-eeuwse studie over de Verenigde Staten, schreef al dat culturele principes, tradities en gewoonten even belangrijk zijn als wetten. In de Verenigde Staten blijken culturele normen en tradities een belangrijke rol te hebben gespeeld bij de totstandkoming van zowel het drugs- als het alcoholverbod. Vertrekkend vanuit de Amerikaanse ervaring, ligt het daarom voor de hand om ook voor de Europese variaties in benadering van het drugsvraagstuk allereerst te zoeken naar verklaringen binnen nationale culturen. De hypothese is daarom dat de antwoorden die Frankrijk, Nederland en Zweden hebben gevonden op het drugsvraagstuk ook in sterke mate cultureel zijn bepaald.

### Modern druggebruik

Gedurende de zestiger en zeventiger jaren was in westerse landen een toename te bespeuren van het gebruik van illegale drugs. Het meest gebruikte illegale genotsmiddel was cannabis (hasjiesj en marihuana), andere waren amfetamine, opium en heroïne. LSD was een andere populaire stof, maar deze was in de meeste landen (nog) niet illegaal. De manifestatie van het gebruik van illegale drugs tijdens de jaren zestig en zeventig kan worden begrepen in de context van de culturele protestbeweging van die tijd. Zij was komen opzetten vanuit de Verenigde Staten, waar zij aan het begin van de jaren zestig tot bloei kwam op verschillende universiteitscampussen, met name Berkeley in San Francisco. In Europa werd de climax bereikt in de meimaand van 1968, toen studenten en

arbeiders hun protesten bundelden, wat bijna tot een nieuwe Franse revolutie leidde (Wesseling 1987). Mei '68 in Parijs fungeerde als aanjager van studentenprotesten in andere delen van de wereld, van Europa tot in Mexico, Japan en Zuid-Korea. Het Nederlandse hoogtepunt van de protesten werd in 1969 bereikt met de studentenbezetting van het Maagdenhuis.

Het gebruik van drugs groeide uit tot een van de symbolen van de internationale protestbeweging. Door illegale drugs te gebruiken, kon men laten zien deel uit te maken van de beweging. De autoriteiten in de landen waar protest werd gevoerd, traden doorgaans ferm op tegen de jeugdige protesten en het druggebruik dat er deel van uitmaakte. De meeste drugs die werden gebruikt waren reeds illegaal, wat overheidsinterventies makkelijk maakte. Mochten de stoffen niet illegaal zijn, dan werd daar doorgaans snel toe besloten. In Nederland werd LSD bijvoorbeeld in 1966 verboden, net voor het huwelijk van Beatrix en Claus. Provo's dreigden het huwelijk te verstoren door onder andere politiepaarden LSD-suikerklontjes te geven en LSD door het Amsterdamse leidingwater te mengen. Alhoewel vooral bedoeld als ludieke en provocatieve actie, leidde dit tot de toevoeging van LSD aan de opiumwet (De Kort 1995).

De algemene reactie van overheden die met de protesten werden geconfronteerd, was er een van afkeuring en repressie. Niet alleen beschouwde de gevestigde orde de protestbeweging als bedreiging, dit gold ook voor het druggebruik dat haar symboliseerde. In sommige landen zoals Frankrijk en de Verenigde Staten, leidde dit tot een aanzienlijke aanscherping van de drugwetgeving, opdat keihard kon worden opgetreden tegen 'subversieve elementen' als druggebruikende en protesterende jongeren. Verschillende landen gingen er daarom toe over nieuwe, meestal strengere drugswetgevingen te introduceren. Veel thans vigerende nationale drugswetgevingen dateren daarom uit de jaren zestig of zeventig.

Aan het begin van de eenentwintigste eeuw, meer dan een generatie later, heeft het gebruik van illegale drugs een vastere plaats in de westerse samenlevingen gekregen. Vond het druggebruik van de jaren zestig en zeventig duidelijk plaats in de context van een subculturele protestbeweging, tegenwoordig worden illegale drugs in vele segmenten van de samenleving gebruikt (weliswaar nog steeds vooral onder jongeren), onafhankelijk van politieke standpunten, sociale positie of (sub)cultuur van de gebruiker. Sinds de jaren zestig en zeventig heeft het gebruik van illegale drugs zich veralgemeniseerd en is het deel gaan uitmaken van de algehele jeugdcultuur. Inmiddels is duidelijk dat het gebruik van verschillende illegale drugs een internationaal cultureel fenomeen betreft, dat zich over landsgrenzen uitstrekt. In die zin verschilt druggebruik niets van andere nieuwe fenomenen, zoals modes, gebruiks- en cultuurgoeieren. De reacties van overheden en regeringen blijken echter grotendeels nationaal bepaald - zij het internationaal begrensd.

#### *Drugsbeleid à la Française: appelleren en rappelleren aan wet en gezag*

De Fransen blijken liefhebbers van drugs te zijn, met een van de hoogste consumptiecijfers van de EU. Ook alcohol, tabak en medicijnen gebruiken zij in relatief grote mate, zodat het mogelijk is te spreken van een bepaalde 'ingestie-cultuur'. De Franse drugswet is een exceptionele, bijzonder strenge strafwet die



druggebruik strafbaar stelt, alsmede het aanzetten daartoe, zoals het in een positief daglicht stellen van druggebruik. De totstandkoming van de strenge drugswetgeving dient te worden beschouwd in de context van de protesten van mei 1968 (Bernat de Célis 1992). Sommigen zagen in druggebruik een teken en symbool van de protestbeweging en de drugswet werd gebruikt om een dam op te werpen tegen die protesten.

Psychiaters, en dan met name die van de school der antipsychiatrie met een psychoanalytische theoretische basis, kregen van de staat het monopolie toegewezen op de verslavingszorg. Aangevoerd door Claude Olievenstein, ontwikkelden zij theorieën over druggebruik, alsmede volgens hen geschikte therapieën, zonder daarbij concurrentie te ondervinden van andere beroepsgroepen. Dit mondde uit in een typisch Frans verslavingsmodel, waarin druggebruik werd gezien als een teken van individueel onbehagen of lijden (Bergeron 1999). De psychoanalytische verklaring voor druggebruik werd gevonden in de 'transgressie', de wens om bepaalde normen te overtreden. Dit zou een teken zijn dat het leven van de gebruiker niet goed was gestructureerd (anders zou hij de wet immers niet overtreden). Uitgaande van deze diepere verklaring voor druggebruik, keerden de Franse verslavingsdeskundigen zich tegen pragmatische, schadebeperkende maatregelen als sputomruil en drugssubstitutieprogramma's. Dit was volgens hen slechts symptoombestrijding, die voorbijging aan de diepere oorzaken van druggebruik.

Dit specifiek Franse model bleek in de jaren negentig desastreuze gevolgen te hebben, want Frankrijk had het hoogste aidscijfer van de EU, wat grotendeels was veroorzaakt door intraveneus druggebruik. Het roer werd daarop omgegooid naar een beleid van *harm reduction*. In korte tijd werden grootschalige sputomruil- en substitutieprogramma's geïntroduceerd. Justitierichtlijnen die voorschreven dat cannabisgebruikers niet langer gearresteerd en vervolgd dienden te worden werden echter nauwelijks opgevolgd. De verklaring hiervoor moet worden gezocht in het grote en machtige wetshandhavingapparaat van politie en gendarmerie, die een zekere autonomie hebben en zich daardoor kunnen permitteren richtlijnen niet op te volgen.

Daarnaast is er nog de sterke traditie van centraal gezag, inbegrepen de grote invloed van de president. De Vijfde Republiek van 1958 creëerde een machtige president, waardoor Franse presidenten in staat zijn geweest hun stempel te drukken op bepaalde beleidsterreinen, wat vooral de huidige president Chirac heeft gedaan op het gebied van drugsbeleid. Ondanks de continue Franse discussies over een soepeler drugsbeleid, komt dit niet echt van de grond. Naast de eerder genoemde verklaringen, wordt de grote politieke terughoudendheid om de Franse drugswet te versoepelen ook verklaard door de Franse verhouding tussen burgers en staat. Binnen de republikeinse Franse staatstraditie hebben wetten een grote symbolische betekenis, als bakens die de burgers richting geven (Ehrenberg 1995). Zodra de regels die door de staat zijn gedefinieerd ter discussie worden gesteld, komen de autoriteit en geloofwaardigheid van de Franse staat in het geding. Een versoepeling van de drugswet zou in deze visie betekenen dat er geen formele normen meer zijn waar burgers zich aan dienen te houden, wat in de Franse context betekent dat het hek van de dam is.

*De Nederlandse aanpak: het accommoderen en reguleren van druggebruik*

Het internationaal veel bediscussieerde Nederlandse drugsbeleid is vooral bekend door de toegestane coffeeshops, waar cannabis kan worden gekocht en gebruikt. Coffeeshops wekken de indruk dat cannabis is gelegaliseerd, terwijl het feitelijk gaat om een de facto decriminalisering van cannabis, een beleid dat in de jaren zeventig vorm kreeg (De Kort 1995). Ook voor andere drugs, de zogenoemde hard drugs, wordt sinds de zeventiger jaren een pragmatisch gevoerd, dat hoofdzakelijk gezondheidsgeoriënteerd is, met *harm reduction* als uitgangspunt. Het liberale drugsbeleid trekt niet alleen buitenlandse gebruikers aan, maar maakt druggebruikers ook meer zichtbaar, wat ten onrechte de indruk geeft dat er ook relatief veel drugs in Nederland worden gebruikt.

In de jaren zestig werd aanvankelijk streng opgetreden tegen modern druggebruik, maar dit was van korte duur. Excessief politieoptreden jegens provo's in Amsterdam leidde tot het aftreden van de hoofdcommissaris van politie en later ook de burgemeester. Geleidelijk, de grote steden voorop, kreeg een liberaler beleid gestalte. Dit werd in 1976 geformaliseerd met de wijziging van de Opiumwet waarmee een onderscheid werd aangebracht tussen cannabis en andere drugs. Vervolgens ontwikkelde zich een gedoogbeleid, gebaseerd op een systematische toepassing van het opportuniteitsbeginsel. Richtlijnen van het College van procureurs-generaal geven voor verschillende drugs de hoeveelheid aan die wordt geacht voor persoonlijk gebruik te zijn. Die gebruikshoeveelheid krijgt dan de laagste opsporingsprioriteit.

De wetswijziging van 1976 was sterk beïnvloed door het werk van respectievelijk de Commissie Hulsman (Van Dijk & Hulsman 1970) en de Werkgroep Verdovende Middelen (1972), beter bekend als de Commissie Baan. Beide commissies deden de aanbeveling druggebruik en -bezit te decriminaliseren, deels gebaseerd op sociaalwetenschappelijke inzichten zoals de *labelling*-theorie die wees op de gevaren van stigmatisering en criminalisering. De progressieve Den Uijl-regering die aantrad in 1973, met Justitieminister Andries van Agt en Volksgezondheidsminister Irene Vorriink (tevens moeder van cultfiguur Koos Zwart, bekend om zijn cannabisbeursberichten op de radio), wilde verder gaan door cannabis te legaliseren, maar dit werd politiek niet opportuun geacht omdat Nederland internationaal zwak stond na de steun aan Israël tijdens de Yom Kippoeroorlog en de olieboycot die er op volgde.

De tijdgeest van de jaren zestig en zeventig blijkt belangrijk te zijn geweest voor de ontwikkeling van het Nederlandse drugsbeleid. De reeds bestaande traditie van individuele vrijheid werd versterkt tijdens de jaren zestig, toen de ontzuiling nieuwe levensstijlen mogelijkheden bood. Ook heerste er destijds een mild strafklimaat, met een kritischer houding ten aanzien van het strafrecht. De benoeming van de abolitionist en hoogleraar strafrecht en criminologie Louk Hulsman tot voorzitter van een drugscommissie kan in dit verband illustratief worden genoemd. Inhoudelijk was deze commissie van belang omdat zij sterk de overheidsadviescommissie Baan beïnvloedde.

Alhoewel de Opiumwetswijziging van 1976 belangrijk was, formaliseerde zij eigenlijk een reeds bestaande praktijk, want in enkele grote steden werden cannabisgebruikers al rond 1970 niet langer vervolgd. Er waren weliswaar nog geen coffeeshops, maar de voorloper ervan bestond toen al wel, de huisdealer

in bepaalde jongerencentra. De sterke politieke traditie van lokaal beleidmaken, die teruggaat tot de Gouden Eeuw, is daarom ook van grote invloed geweest op het Nederlandse drugsbeleid. Zij is niet alleen van toepassing op het cannabis-beleid maar ook op het *harm reduction*-beleid dat al vroeg is opgezet door lokale gezondheidsdiensten, de GG&GD's.

Ook in andere opzichten past het gedoogbeleid voor drugs in een traditie. Zo vertonen coffeeshops een zekere overeenkomst met de zeventiende-eeuwse schuilkerken, die van buiten ook niet direct herkenbaar mochten zijn (vergelijk het advertentieverbod en de verwijdering van cannabisblaadjes van de ramen van coffeeshops) en waarvoor, ondanks dat zij formeel niet waren toegestaan, richtlijnen bestonden (Pleij 1998: 37-48). Voorts dringt de metafoor van de strijd tegen het water zich op als het gaat om de wijze waarop met illegale drugs wordt omgegaan. In plaats van ertegen te vechten, werd het vraagstuk beheersbaar gemaakt door het te kanaliseren en te reguleren. En net zoals het aanvankelijke waterprobleem werd omgezet in een voordeel door een internationale handelsnatie te worden, zo hebben Nederlandse drugshandelaren munt weten te slaan uit het liberale Nederlands drugsbeleid. Haalden Nederlandse handelaren indertijd goederen, specerijen en slaven uit verre oorden, tegenwoordig hebben zij de reputatie van internationale handelaren in drugs als cannabis en ecstasy.

De laatste paar jaren is in Nederland ook op ander gebied een aantal beleidsbeslissingen genomen (het homohuwelijk, euthanasie en de opheffing van het bordeelverbod) waaruit blijkt dat het Nederlandse gedoogbeleid voor drugs past in een Nederlandse voorkeur voor pragmatisme. Door bepaalde gedragingen toe te staan en te reguleren, wordt voorkomen dat deze ondergronds gaan waar er geen zicht meer op is. Een parlementaire meerderheid zou in principe ook de cannabissector verder willen reguleren, maar de 'internationale context', in feite het internationale verbodsregime, wordt door achtereenvolgende regeringen aangevoerd als reden dat dit (nog) niet kan.

#### *Het Zweedse Model: het indammen en uitbannen van druggebruik*

De paradox van het drugsbeleid in Zweden is dat druggebruik laag is maar dat drugs desondanks als een groot probleem en bedreiging worden beschouwd. Het drugsbeleid is daarom streng, of zoals het in Zweden wordt genoemd restrictief, en het vormt een integraal onderdeel van de Zweedse sociaaldemocratische welvaartsstaat. De basis van het beleid werd gelegd aan het eind van de jaren zestig en sindsdien is het beleid geleidelijk aan strikter geworden. In 1977 verklaarde het Zweedse parlement de drugsvrije samenleving tot doelstelling van het beleid, waarna een beleid vorm kreeg dat berust op drie pijlers: preventie, behandeling en bestrijding.

Op grote schaal worden drugspreventiecampagnes gevoerd, niet alleen via publieksacties, maar ook door op middelbare en soms al op lagere scholen drugspreventie een vast onderdeel van het schoolcurriculum te laten zijn. De nadruk ligt hierbij op cannabis, de meest gebruikte illegale drug die wordt verondersteld een opstap naar andere drugs te zijn. De preventiecampagnes, die slechts ten dele wetenschappelijk gefundeerd zijn, zijn dermate effectief dat veel Zweden bekend zijn met de risico's die aan cannabis worden toegeschre-

ven, zoals een verhoogde kans op leukemie of zelfmoord. Verder is altijd veel geïnvesteerd in behandelprogramma's, wat traditioneel gebeurt in therapeutische gemeenschappen of via de gedwongen behandelprogramma's, die voor zowel alcohol als drugs bestaan (voor minderjarigen en volwassenen). Als gevolg van bezuinigingen en een andere financieringswijze zijn er sinds de jaren negentig minder en kortere behandelprogramma's beschikbaar.

De derde pijler, bestrijding, is vooral in de jaren tachtig en negentig sterker geworden, gebaseerd op het idee dat het in Zweden moeilijk moet zijn om drugs te gebruiken. In 1988 werd het gebruik van drugs strafbaar gesteld, aanvankelijk met alleen een boete als sanctie, en sinds 1993 met zes maanden gevangenisstraf, een strafwaarde die een lichamelijk onderzoek zoals een bloed- of urinetest mogelijk maakt om sporen van drugs in het lichaam te vinden. Een speciale politiedienst is in het leven geroepen om met deze methode potentiële druggebruikers te detecteren. Mensen van wie wordt vermoed dat zij onder invloed verkeren van illegale drugs worden opgespoord en meegenomen naar het bureau om hen daar te testen op druggebruik. Deze politiedienst opereerde eerst alleen op *house party's*, maar tegenwoordig ook in clubs, disco's en cafés.

Onder de doelstelling van de drugsvrije samenleving kunnen dergelijke vergaande maatregelen worden genomen, want in de Zweedse sociaaldemocratische welvaartsstaat is het mogelijk dat in het algemeen belang diep wordt ingegrepen in de persoonlijke levenssfeer van burgers. Liberalisme heeft in Zweden namelijk geen vaste voet aan de grond heeft gekregen en heeft zelfs een negatieve connotatie.

Niet alleen voor drugs, maar ook ten aanzien van alcohol wordt in Zweden een restrictief beleid gevoerd. In tegenstelling tot wat vaak wordt gedacht, is de Zweedse alcoholconsumptie in Europees perspectief relatief laag; het grote verschil is dat Zweden een traditioneel Scandinavisch intoxicatiegeoriënteerd drinkpatroon kent, hetgeen inhoudt dat drinken doorgaans betekent (in het weekend) dronken worden. Ook heeft Zweden een geschiedenis van een sterke anti-alcoholbeweging met de alcoholvrije samenleving als doelstelling, dat met het referendum van 1922 bijna officieel beleid werd. Tot 1955 bestond een rantsoeneringsstelsel voor alcohol, dat gezinshoofden toestond gelimiteerde hoeveelheden alcohol te kopen. Daarna bleven restricties gelden op de verkrijgbaarheid van alcohol, zoals via het staatsmonopolie, dat met de toetreding tot de EU in 1995 geleidelijk aan is versoepeld.

Waren sociale volksbewegingen zoals de anti-alcoholbeweging al invloedrijk op het gebied van alcohol, sinds enkele decennia zijn er ook volksbewegingen die zich zijn gaan manifesteren op drugsgebied. Deze anti-drugsbewegingen groeiden uit tot de drijvende kracht achter het Zweedse drugsbeleid: Hassela, het Verbond voor een Drugsvrije Samenleving (RNS) en Ouders Tegen Drugs (FMN). De oprichter van RNS, politiearts Nils Bejerot (1975), heeft grote invloed gehad op het drugsbeleid. Met zijn theorie dat druggebruik een besmettelijke epidemie is, met als beleidsconsequentie dat politieactiviteiten op gebruikers moeten worden gericht, kan hij worden beschouwd als de geestelijk vader van het Zweeds drugsbeleid. Het is ook aan Bejerots invloed toe te schrijven dat een uit de hand gelopen 'experiment' van 1965-67

waarin gebruikers haast ongelimiteerd drugs (vooral amfetamine) op doktersvoorschrift kregen, in het officiële discours wordt beschouwd als het begin van de Zweedse ‘drugsepidemie’.

Ten slotte, een belangrijke reden voor het alsmaar strenger wordende drugsbeleid is de afnemende zekerheid in de Zweedse samenleving sinds de jaren tachtig en vooral negentig, toen de Zweedse welvaartsstaat steeds meer onder druk kwam te staan. In dit onzekere sociaal klimaat is de strijd tegen drugs symbool geworden van de bescherming van de Zweedse identiteit (Tham 1995). Veelzeggend in dat verband is dat de term Zweeds model, die aanvankelijk stond voor het arbeidsmarktmodel, en na de oorlog voor de welvaartsstaat, tegenwoordig staat voor het restrictieve Zweedse drugsbeleid.

### Drugsbeleid vergeleken

De Franse, Nederlandse en Zweedse typen van drugsbeleid kunnen worden gekenschetst als respectievelijk ordehandhaving, accommodatie en indamming. Hoe kunnen de verschillende vormen van drugsbeleid verklaard worden? Hoe zijn zij geconstrueerd en welke personen of overwegingen hebben daarin een doorslaggevende rol gespeeld? Het blijkt dat reeds in de jaren zestig, bij het eerste druggebruik, de interpretaties binnen de drie landen uiteen gaan lopen. Een aantal verklarende factoren kan duidelijk worden geïdentificeerd.

De eerste factor betreft de gebruikers zelf, de subcultuur waartoe zij behoren, hun sociale karakteristieken en hun relatie met de samenleving. In Frankrijk worden zij gezien als revolutionairen, in Nederland als normale jeugd en in Zweden als ernstig devianten die een bedreiging vormen voor het normale ‘solidaire’ en normconforme gedrag.

Als tweede factor kunnen de deskundigen en wetenschappers worden genoemd. Zij speelden namelijk een belangrijke rol bij het duiden van het jonge drugsfenomeen van de jaren zestig en zeventig. Het ironische —en relativiserende voor de wetenschap— is dat in elk land een volstrekt andere wetenschappelijke theorie werd ingezet ter interpretatie ervan. In Frankrijk was dat vooral een school psychiaters opererend op het grensvlak van de antipsychiatrie en de psychoanalyse van Lacan. Claude Olievenstein was hier de centrale figuur, die een goeroestatus verwierf en de Franse kijk op drugs sterk beïnvloedde. In Nederland waren juist sociologische theorieën invloedrijk, met name die van het sociaal interactionisme, beïnvloed door de denkbeelden van Herman Cohen (1975) en nog meer Louk Hulsman. De beleidsimplicatie hiervan was dat niet te zeer tegen gebruikers moest worden opgetreden; de criminalisering zou werken als stigmatisering, met alle gevolgen van dien. In Zweden daarentegen werd druggebruik (steevast misbruik genoemd) door de theorieën van Nils Bejerot gezien als een besmettelijke ziekte. De implicatie voor beleid teneinde de drugsdreiging in te dammen, was om juist de politionele aandacht op de gebruikers te richten, opdat zij niet meer gebruikers zouden besmetten.

Als derde, vrij algemene factor kan geografie worden genoemd. Behalve dat geografie invloed heeft op het klimaat en daarmee ook op stemming en gedrag, waar bijvoorbeeld Montesquieu over heeft geschreven, blijkt ook uit alcoholgebruikspatronen (van bijvoorbeeld wodka versus wijn) dat er een opmerkelijke

correlatie bestaat met geografie en klimaat. Geografie speelt ook een rol bij de mate waarin het drugsfenomeen doordringt in landen. Dit is te vergelijken met de centraleplaatsentheorie vanuit de sociale geografie, waarbij bepaalde plaatsen een belangrijke rol spelen bij de verdere verspreiding van innovaties. Druggebruik zou ook als een culturele innovatie of mode kunnen worden opgevat, die zich verspreidt. In eerste instantie gaat dat bijna altijd via de grote steden van enkele cultureel dominante landen of regio's. Dit verklaart bijvoorbeeld dat van alle westerse landen de drugsconsumptie het hoogst is in de Verenigde Staten, terwijl in Europa het Verenigd Koninkrijk de kroon spant. Van de drie landen in kwestie worden de meeste recreatieve drugs gebruikt in Frankrijk. Nederland is een Europese middenmoter, vergelijkbaar met België en Duitsland, terwijl het gebruik in Zweden laag is, net als in Noorwegen en Finland.

Als vierde factor kan worden onderscheiden de aan- of afwezigheid van bepaalde staats- of beleidstradities. In Frankrijk bijvoorbeeld is het ministerie van Binnenlandse Zaken traditioneel machtig, terwijl dat in Nederland en Zweden veel minder is. Een typische Nederlandse beleidstraditie van begin twintigste eeuw is het bestaan van lokale gezondheidsdiensten als GG&GD's, terwijl een typisch Zweedse (sociaaldemocratische) beleidstraditie teruggaand tot de negentiende eeuw de betrokkenheid en invloed van volksbewegingen (*popular movements*) betreft.

Als vijfde factor kan de verhouding tussen individu en overheid worden genoemd. Spelen in Frankrijk wetten hierbij een belangrijke symbolische rol, als verlengstuk van de centrale staat waar burger zich dus aan dienen te houden, in Nederland is de individuele vrijheid veel belangrijker. Verder vindt in het Nederlandse polderland meer overleg plaats, waarbij ook de druggebruikers zelf een stem krijgen —in tegenstelling tot Frankrijk en Zweden. In het laatste land heerst een sterke sociaaldemocratische traditie waarbij vaak een beroep wordt gedaan op solidariteit, doen als de anderen, waarbij er weinig ruimte is voor afwijking, zoals via illegale drugs. Afwijkend, niet-solidair gedrag wordt snel veroordeeld en geproblematiseerd, waarvoor niet zozeer de politie maar veeleer sociaal werkers worden ingeschakeld.

Een deel van de verschillen in beleid valt te verklaren uit een aantal beleids-tradities in de landen die duidelijk benoemd kunnen worden. Een ander deel van de verschillen kan minder gemakkelijk verklaard worden. Zij lijken samen te hangen met de cultuur van het land, bepaalde duurzame aspecten van de samenlevingen in kwestie, die ook de omgang met een nieuw en deviant verschijnsel als druggebruik beïnvloedt. Maar zoals Raymond Williams (1983), een van de grondleggers van cultuurstudies, al uitlegde, is cultuur een van de meest complexe woorden in het taalgebied. De begrippen cultuur en culturele identiteit blijven daarom enigszins ongrijpbare begrippen.

### **Vergelijkende cultuurstudies: de Hofstede toegepast**

De vergelijkende cultuurstudies van Geert Hofstede bieden aanknopingspunten om het cultuurbegrip verder uit te werken. Werd tot nu toe vooral gekeken naar verklaringen *binnen* nationale culturen, de verdienste van Geert Hofstede is dat hij verklaringen zoekt *tussen* nationale culturen. Hofstede's *Culture's Conse-*

*quences* verscheen voor het eerst in 1980 en is verschillende malen herdrukt, in het Nederlands voor het laatst in 2005 onder de titel *Allemaal andersdenkenden*, met zijn zoon Geert-Jan Hofstede als coauteur. De Hofstedes beschouwen cultuur als mentale programmering, de veelal onbewuste culturele conditionering en daarmee programmering van wat men gelooft. Al opgroeiende in een bepaalde omgeving maakt men zich deze mentale programmering eigen. De Hofstedes gaan in op verschillende soorten culturen, maar in het bijzonder op nationale culturen, die terug zijn te voeren op het land van herkomst. Hiermee beschrijven zij duurzame aspecten van landenculturen. Zij hebben getracht dit cultuurbegrip verder te ontleden en maken daarbij gebruik van verschillende dimensies (gebaseerd op kwantitatief onderzoek), waarop volgens hen de nationale cultuurverschillen zijn terug te voeren. Deze dimensies zijn achtereenvolgens: 1) machtsafstand (de mate van gelijkheid); 2) individualisme versus collectivisme; 3) masculien versus feminien; 4) onzekerheidsvermijding/angst; en 5) lange termijn versus kortetermijnnoriëntatie. De drie Europese landen in kwestie, Frankrijk, Nederland en Zweden, maken ook deel uit van de onderzoeken van de Hofstedes dus het loont om de drie te beschouwen vanuit hun model.

Wordt gekeken naar machtsafstand dan valt op dat deze veel groter is in Frankrijk dan in Nederland en Zweden. In Frankrijk is deze zelfs de hoogste van de EU-landen. In het Franse republikeinse model, sterk centralistisch met een dominante rol voor de (haast 'koninklijke') president, wordt veel belang gehecht aan wetten, met het krachtige ministerie van Binnenlandse Zaken als verantwoordelijke voor de handhaving. De inzichten van de Hofstedes geven meer diepgang aan deze aspecten, die terug zijn te voeren op de autocratische Franse bestuurstraditie.

Bij de tweede dimensie van de Hofstedes, individualisme versus collectivisme, scoren alle drie landen relatief hoog op individualisme, maar Nederland is wel de uitschieter en kent slechts één Europees land boven zich: Groot-Brittannië. Dit sluit goed aan bij de bevindingen uit de dissertatie waar de individuele vrijheid in Nederland is geëxpliciteerd en nader uitgewerkt. Frankrijk en Zweden hebben dezelfde score en deze landen zijn daarmee relatief collectivistischer, zij het dat collectief in deze anders is gedefinieerd, wat onder andere terug te voeren op het zojuist genoemde element van machtsafstand. Het zijn namelijk vooral Romaanse landen in Europa en met name Frankrijk en België, die sterk individualisme combineren met een meer dan gemiddelde machtsafstand.

Bij de derde dimensie, femininiteit versus masculiniteit versus, vallen alle drie de landen in de eerste categorie, met Zweeds als het meest van alle (gemeeten) landen en Frankrijk dicht bij de masculiene, wat wellicht terug te voeren op het katholieke geloof, aangezien deze sterk correleert met masculiniteit. Dat deze dimensie geen grote verschillen laat zien, bevestigt overigens ook de overeenkomsten tussen de drie landen, een van de uitgangspunten van de studie.

De vierde dimensie, onzekerheidsmijding, geeft duidelijker verschillen aan. In Frankrijk is deze namelijk sterk, en in Nederland en Zweden zwak. De Hofstedes merken op dat in landen waar deze sterk is, meer politiek conservatisme

heerst en dat er meer behoefte is aan sterke wetten, wat geheel aansluit bij de Franse houding ten aanzien van de drugswetgeving. Gemeten naar de vijfde dimensie ten slotte, lange termijn versus korte termijn, blijken de drie landen niet aanzienlijk te verschillen. Er blijken hier sowieso geen grote verschillen te bestaan tussen Europese landen. Deze dimensie bevestigt dus eigenlijk de overeenkomsten tussen de drie Europese landen.

De inzichten van de Hofstede's geven zeker meer diepgang aan het duiden van de verschillende vormen van drugsbeleid. Door cultuur en cultuurverschillen als afhankelijke factoren te beschouwen, trachten zij deze te ontleden en te herleiden tot een aantal verklarende, benoembare dimensies. De Hofstede's noemen veelal verklaringen uit het verleden, daar is immers de wortel te vinden van de door hun onderscheiden cultuurdimensies. Dit levert zeker meer begrip op, al wordt af en toe geargumenteed omwille van het model en schrijven zij weinig over de uniciteit van samenlevingen.

### *Cultuur creëren*

Er is echter meer. Cultuur ontstaat niet alleen in het verleden, maar ook in het heden. Cultuur wordt voortdurend gecreëerd. Dat begint met (onbewuste) gedachten, maar krijgt pas echt vorm door middel van expressie, zoals door taal. Het belang van taal kan moeilijk overschat worden, want met taal wordt de wereld om ons heen benoemd. Disciplines als culturele studies en taalwetenschap, in het bijzonder de vertooganalyse (*discourse analysis*) laten zien dat taal beschikt over scheppingskracht, niet alleen om het verleden te interpreteren, maar ook om de werkelijkheid vanuit het heden te scheppen (Johnstone 2002). Michel Foucault (1972, 1991) heeft beschreven hoe taal en vertogen ook worden gebruikt om bepaalde ideologieën te propageren en verspreiden.

Sinds de negentiende hebben veel Europese landen geïnvesteerd in natievorming en het opbouwen en construeren van een nationale identiteit. Het nationaal zelfbeeld, hoe mensen zichzelf en hun landgenoten zien, is automatisch onderdeel van dit proces, dat doorgaat tot op het heden. De wijze waarop in een land wordt gereageerd op drugs en vorm wordt gegeven aan het drugsbeleid, lijkt feitelijk ook bij te dragen aan de constructie van een nationale culturele identiteit. Het vertoog is ook hier van belang, want met taal wordt vorm en richting gegeven aan de wereld die wij ervaren.

In Frankrijk wordt het drugsbeleid ingezet om het belang van de sterke centrale staat te benadrukken. In de Franse republikeinse traditie, waarin politici vaak zeggen te spreken, wordt gedacht dat de samenleving op drift raakt als de wetten van de staat ter discussie komen te staan. Handhaving van de drugswetten betekent voor veel politici daarom tegelijkertijd het opkomen voor en bestendigen van de Republikeinse traditie. In Nederland is het heel anders, daar houdt het Nederlandse drugsbeleid het idee van een tolerant volk en samenleving hoog. Voor een internationaal georiënteerd land als Nederland wordt steeds minder duidelijk wat het Nederlandschap nu precies inhoudt. Zoals NRC-coryfee H.J.A. Hofland eens ironisch neerschreef, is het drugsbeleid het enige terrein waarop Nederland zijn eigen buitenlandse beleid voert. Het drugsbeleid, gesymboliseerd door de coffeeshop, lijkt thans de meest duidelijke cultuuruiting van Nederland, waarmee met name jongeren in het buitenland van



leeftijdgenoten 'respect' oogsten. In Zweden daarentegen is het weer geheel anders. Daar wordt hard opgetreden tegen drugs, juist omdat drugs als on-Zweeds worden beschouwd. Gelet op de toenemende onzekerheid in de voorheen (sociaalzeker) Zweedse samenleving waar bijvoorbeeld criminoloog Henrik Tham (1995) over schrijft, is de drugsstrijd uitgegroeid tot de verdediging van de Zweedse nationale identiteit.

### Conclusie

De vorm die het drugsbeleid in respectievelijk Frankrijk, Nederland en Zweden heeft gekregen is beïnvloed door een aantal factoren, waarbij bepaalde beleids-tradities een voorname rol spelen. Het lijkt daardoor of beleidstradities zoals op het gebied van wetshandhaving of gezondheidszorg en de verhouding overheid-burger, als bepalende factor centraal staan. Toch kunnen deze niet alles verklaren. Elk land heeft namelijk ook zijn eigen uniciteit en niet alle culturele aspecten van een land kunnen worden gerangschikt of worden teruggevoerd op bepaalde factoren, zoals de Hofstedes pogen te doen.

In plaats van alleen culturele verklaringen in het verleden te zoeken, kan men ook meer kijken naar wat er gebeurt in het heden en hoe hedendaagse fenomenen als drugs worden benoemd door middel van taal en vertoog. Overheidsbeleid hoeft namelijk niet per se voort te bouwen op tradities, het kan ook nieuw of vernieuwend zijn, of omslaan. Daarbij kan er ook sprake zijn van historische toevalligheden zoals (onverwachte) gebeurtenissen of individuen die op een bepaald moment invloedrijk zijn, als benoemd politicus of als deskundige. Vooral bij nieuwe fenomenen kunnen bepaalde individuen in korte tijd veel invloed krijgen. Dit is zeker het geval geweest bij de illegale drugs. Bij de opkomst van het drugsfenomeen van de jaren zestig en zeventig waren specialisten dun bezaaid. De enkeling die toen over drugskennis beschikte en dat overtuigend kon brengen, had al snel invloed. Zo kon het geschieden dat in elk van de drie landen een volstrekt andere wetenschappelijke theorie ter duiding van het drugsfenomeen opkwam, terwijl het in werkelijkheid toch vooral om (een grotendeels) zelfde fenomeen ging. In elk land bedienden de deskundigen zich van andere woorden en uitdrukkingen, waarvan de effecten doorwerken tot de dag van vandaag. In elk van de drie besproken landen ontstond namelijk een ander drugsvertoog, waardoor het is gaan lijken of in een andere taal over drugs wordt gesproken. Dit kan ook de Babylonische spraakverwarring verklaren waar vertegenwoordigers van de landen, bijvoorbeeld tijdens Europees overleg, nogal eens tegenaan lopen.

### Literatuur

BEJEROT, Nils (1975), *Drug Abuse and Drug Policy. An epidemiological and methodological study of drug abuse of intravenous type in the Stockholm police arrest population 1965-1970 in relation to changes in drug policy*, Copenhagen: Munksgaard (Acta Psychiatrica Scandinavica, Supplementum 256).

- BERGERON, Henri (1999), *L'État et la toxicomanie. Histoire d'une singularité française*, Parijs: Presses Universitaires de France.
- BERNAT DE CELIS, Jacqueline (1992), *Fallait-il créer un délit d'usage illicite de stupéfiants. Une étude de sociologie législative*, Parijs: Centre de recherches sociologiques sur le droit et les institutions pénales (CESDIP).
- BOEKHOUT VAN SOLINGE, Tim (2004), *Dealing with Drugs in Europe. An Investigation of European Drug Control Experiences: France, the Netherlands and Sweden*. Den Haag: Boom Juridische Uitgevers (Pompe Reeks deel 42).
- COHEN, Herman (1975), *Drugs, druggebruikers en drug-scene*, Alphen aan den Rijn: Samson.
- DIJK, W.K. van & L.H.C. Hulsman (Red.) (1970), *Drugs in Nederland*, Bussum: Paul Brand/Unieboek.
- EHRENBERG, Alain (1995), *L'individu incertain*, Parijs: Calmann-Lévy.
- FOUCAULT, Michel (1972), *The Archaeology of Knowledge*, London: Tavistock.
- FOUCAULT, Michel (1991), 'Politics and the study of discourse', in: Graham Burchell, Colin Gordon and Peter Miller (Eds.) (1991), *The Foucault Effect. Studies in Governmentality. With two lectures by and an interview with Michel Foucault*, London: Harvester Wheatsheaf.
- GERRITSEN, Jan-Willem (1993), *De politieke economie van de roes*, Amsterdam: Amsterdam University Press.
- HOFSTEDE, Geert & Gert Jan HOFSTEDE (2005), *Allemaal andersdenkenden. Omgan met cultuurverschillen*, Amsterdam: Contact.
- KORT, Marcel de (1995), *Tussen patiënt en delinquent. Geschiedenis van het Nederlands drugsbeleid*, Hilversum: Verloren.
- MUSTO, David (1999), *The American Disease. Origins of Narcotics Control*, New York: Oxford University Press (first published in 1973 by Yale University Press).
- NADELMANN (1990), Ethan A., 'Global prohibition regimes', *International Organization* 44 4, 1990: 479-526.
- PLEIJ, Herman (1998), *Hollands Welbehagen*, Amsterdam: Prometheus.
- REINARMAN, Craig & Harry G. LEVINE (Red.) (1997), *Crack in America. Demon drugs and social justice*, Berkeley: University of California Press.
- ROESINGH, H. K. (1976), *Inlandse tabak: expansie en contractie van een handelsgewas in de 17e en 18e eeuw*, Wageningen: Dissertatie Landbouwuniversiteit Wageningen.
- THAM, Henrik (1995), 'Drug Control as a National Project: The Case of Sweden', *Journal of Drug Issues*, 25 (1), 113-128, 1995.
- TOCQUEVILLE, Alexis de (1981) [1835], *De la démocratie en Amérique I*, Paris: Flammarion.
- WERKGROEP VERDOVENDE MIDDELEN (1972), *Achtergronden en risico's van druggebruik*, Den Haag: Staatsuitgeverij.
- WESSELING, H.L. (1987), *Vele ideeën over Frankrijk. Opstellen over geschiedenis & cultuur*, Amsterdam: Bert Bakker.
- WILLIAMS, Raymond (1983), *Keywords*, London: Fontana.

Hoe ik rechtssocioloog werd  
en wat ik deed toen ik het eenmaal was  
(een proeve van Whig autobiografie)

John Griffiths

*He who can, does.*

*He who cannot, teaches.*

[G.B. Shaw, 'Maxims for revolutionaries']

*He who can, teaches.*

*He who cannot, does.*

[J. Griffiths, 'Maxims for intellectuals']

Ik ben op 3 juli 1940 te Berkeley, California, geboren. Mijn ouders waren toen allebei promovendi aan de University of California, mijn vader in de geschiedenis, mijn moeder in de fysiologie. Evenals vele andere familieleden over inmiddels zo'n vier generaties zijn mijn ouders allebei – behalve in de oorlogsjaren - hun hele leven lang aan universiteiten verbonden geweest.

In Amerika brengt het leven van een jong academisch gezin vele omzwervingen met zich mee. Ik ben op de lagere en middelbare school geweest in Idaho, Berkeley, Brussel, Engeland, Berkeley weer, en ten slotte Vermont. In 1958 keerde ik terug naar Berkeley om met de universitaire studie te beginnen.

### University of California, 1958-1962

Berkeley was in de jaren 1958-1962 zonder twijfel de allerbeste plaats in de Verenigde Staten, en misschien in de hele wereld, waar een student zoals ik had kunnen studeren. Het was een intellectuele broeikas en een broeikas van sociale en politieke betrokkenheid ineen.

Ik was aanvankelijk van plan geneeskunde te studeren. In de VS is geneeskunde, evenals rechten, een tweede universitaire studie: men moet eerst in iets anders afgestudeerd zijn. Echter, wil men later toegelaten worden tot de studie geneeskunde dan zijn er allerlei vakken die men bij wijze van voorbereiding gevolgd moet hebben. Zo heb ik in het eerste jaar vakken scheikunde, wiskunde

---

\* Afscheidsrede, Rijksuniversiteit Groningen, 11 april 2006. Deze schriftelijke versie is ten opzichte van de rede ingekort, aangepast, en op een paar punten aangevuld. Bijzonder jammer is het dat de *son et lumières* die bij de live-uitvoering hoorden zijn gesneuveld.

en zoölogie gevolgd. Tot aan het vak zoölogie vond ik alles prachtig, maar dat vak bestond voor het overgrote deel uit het uit je hoofd leren van obscure lichaamsdelen van platwormen en kikkers. Ik hield het voor gezien. Achteraf zou je kunnen zeggen dat mijn voorkeur voor theorie boven feitjes toen al duidelijk werd.<sup>1</sup>

Ik moest een andere studie kiezen en het werd filosofie, mede vanwege de grote vrijheid die de opleiding filosofie bood om een eigen studieprogramma samen te stellen. Die keuze was een gouden greep. Van de beloofde vrijheid heb ik maximaal gebruik gemaakt. Mijn studie filosofie bevatte onder meer vakken over Tolstoy en Dostoyevsky, 19<sup>e</sup> eeuwse Europese ideeëngeschiedenis, 18<sup>e</sup> eeuwse Amerikaanse ideeëngeschiedenis (ik legde me vooral toe op het politieke gedachtegoed van Benjamin Franklin), en gespecialiseerde vakken voor promovendi over Plato en Hobbes. Van Paul Feyerabend kreeg ik wetenschapsfilosofie, waarbij vooral het werk van Karl Popper werd behandeld.<sup>2</sup> Mede door Feyerabends toedoen – en ondanks zijn latere afvalligheid<sup>3</sup> – ben ik mijn hele leven lang een overtuigd Popperiaan geweest, althans voor wat betreft de *logica* van een empirische wetenschap, al hebben Kuhn<sup>4</sup> en in zijn kielzog vele anderen duidelijk laten zien, dat de wetenschappelijke *praktijk* hele andere kenmerken heeft.

Na mijn afstuderen in 1962 wou ik verder gaan met politieke filosofie. Door enkele docenten werd mij aangeraden dit aan een ‘law school’ te doen. Vooral Yale werd mij aanbevolen. Zo kwam ik in het najaar van 1962 terecht aan de Yale Law School.

### Yale Law School, 1962-1965

De Yale Law School was heel anders – veel meer elitair – dan Berkeley, maar ook een zeer uitdagende intellectuele omgeving. In de steile hiërarchie van het Amerikaanse hoger onderwijs staan de goede rechtenfaculteiten bovenaan en staat de Yale Law School aan de top van de rechtenfaculteiten – wij waren de *crème de la crème de la crème*.

Yale was vóór de oorlog een van de broedplaatsen van het Legal Realism geweest, en hoewel Legal Realism als kritiek op het juridische formalisme grotendeels aan het eigen succes te gronde was gegaan, spookte in de neogotische gebouwen van Yale nog altijd de opstandige, oneerbiedige, beetje anarchistische geest van de Legal Realists rond. Ik deel de mening van William

1 Ik blijf deze voorkeur met onder anderen Darwin te delen. Zie Charles Darwin, letter to Fawcett (1861): ‘About 30 years ago there was much talk that geologists ought only to observe and not theorize; and I well remember someone saying that at this rate a man might as well go into a gravel-pit and count the pebbles and describe the colors. How odd it is that anyone should not see that all observation must be for or against some view if it is to be of any service.’

2 K. Popper, *The Logic of Scientific Discovery* (London: Hutchinson, 1959).

3 P. Feyerabend, *Against Method: Outline of an Anarchistic Theory of Knowledge* (Atlantic Heights, NJ: Humanities Press, 1975).

4 T. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions* (Chicago: University of Chicago Press, herziene druk, 1970).

Twining, dat er nooit zoiets als een werkelijke Legal Realist rechtstheorie is geweest,<sup>5</sup> maar je kunt er wel een zekere voorkeur voor een bepaalde wijze van beoefening van de rechtswetenschap mee associëren. Drie kenmerkende opvattingen hebben een grote invloed op mijn denken gehad:

(1) 'Formalisme' was een scheldwoord aan de Yale Law School. Het onbevredigende van formalistisch juridisch denken lag in onze ogen in het feit dat het neerkomt op 'thinking about something that only has meaning in relation to something else, without thinking about the something else'. Rechtsregels zijn onlosmakelijk verbonden met vrijwel alle verhoudingen en interacties in het menselijke leven en zij kunnen alleen begrepen worden wanneer men kijkt naar de betekenis die zij hebben voor die verhoudingen en interacties. Dit betekent niet, dat het recht geen zelfstandige functie heeft, maar wel dat die functie niet los gezien kan worden van de verhoudingen die worden geregeld.

Het idee - nog steeds door sommigen verdedigd - dat het mogelijk en wenselijk is aan rechtsregels een betekenis toe te kennen die onafhankelijk is van hun betekenis voor het sociale leven, lijkt mij nog altijd een hersenschim. Terugdenkend over mijn werk als rechtssocioloog, zie ik het vooral als een reactie op de Legal Realist uitdaging. Ik heb op systematische, en vooral op theoretisch-gefundeerde wijze willen denken over de relatie tussen het recht en de 'something else' die het recht de enige betekenis die het heeft, verleent.

(2) Ons werd ook geleerd, wantrouwig te staan ten aanzien van de betekenis van abstracte regels. Wij stonden helemaal in de Legal Realist traditie van 'rule-scepticism'. De beroemde kreet, 'Law is what the judge will do in fact',<sup>6</sup> betekent: je weet pas *echt* wat het recht is als je weet wat de uitkomst van een rechtszaak zal zijn in geval van conflict. Met andere woorden: het rechtsgehalte van in abstracte termen geformuleerde regels is altijd problematisch. Opgevat als een *definitie* van het begrip 'recht', schiet deze Legal Realist kreet tekort.<sup>7</sup> Maar gezien als waarschuwing tegen het idee dat men een rechtsprobleem voldoende geanalyseerd heeft wanneer men een daarop toepasbare regel gevonden heeft, blijft de kreet z'n nut hebben.

(3) Wij 'Yalies' stelden er eer in om voor elk schijnbaar onoplosbaar probleem van het materiële recht een procedure te bedenken die het hanteerbaar zou maken. Zo is het bijvoorbeeld vaak ondoenlijk een sluitende definitie te geven van een begrip dat de toepasbaarheid van een rechtsregel bepaalt. Ik maak even een sprong jaren vooruit voor een voorbeeld uit mijn huidige werkzaamheden: het begrip 'medisch zinloos handelen'. Dit vormt in het Nederlandse gezondheidsrecht de basis van de bevoegdheid van een arts om met een levensverlengende

5 W. Twining, *Karl Llewellyn and the Realist Movement* (London: Weidenfeld & Nicolson, 1973).

6 O.W. Holmes, 'The path of the law', pp. 167-202 in *Collected Legal Papers* (Boston: Harcourt, Brace & Howe 1920), p. 173: 'The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law.'

7 Zie vooral H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (Oxford: Clarendon Press, 1961), p. 136 e.v.

behandeling op te houden. Er is veel energie gestoken in pogingen concrete, in de medische praktijk toepasbare inhoud aan het begrip te geven. Zonder veel succes. Maar zou het niet mogelijk zijn een procedure te bedenken waarmee op bevredigende wijze beslissingen over de ‘zinnelijkheid’ van een behandeling genomen kunnen worden? Dick Kleijer, die in 2005 bij mij promoveerde met een proefschrift over het staken van de behandeling op intensive care units, heeft een besluitvormingsprocedure ontworpen waarmee de onvermijdelijke subjectiviteit die in het begrip ‘zinloos’ besloten ligt, gecompenseerd wordt door ‘intersubjectiviteit’: dat wil zeggen, door in de besluitvormingsprocedure anderen dan alleen de verantwoordelijke arts een rol te geven.<sup>8</sup>

Enkele docenten hebben een blijvende invloed op mijn denken gehad, vooral Ronald Dworkin, Charles Reich en Joe Goldstein. Dworkin komt hierna uitvoerig aan de orde. Reich was een fantastisch docent (de enige die ik ooit heb meegemaakt voor wie aan het eind van een hoorcollege spontaan door de klas geapplaudisseerd werd – en dat door een stel *blasé* Yale Law School studenten en louter om de verfijnde wijze waarop hij een hardnekkig probleem in het bestuursrecht had behandeld). Hij schreef in die periode zijn eerste belangrijke, en naar mijn mening nog altijd veruit beste, artikel: ‘The new property’.<sup>9</sup> Het behandelt de grondrechtelijke bescherming van eigendom (hij betoogt, dat in een moderne samenleving rechten op sociale zekerheidsuitkeringen dezelfde bescherming tegen de staat verdienen als in een eerdere periode eigendom van onroerend goed). Omdat zijn betoog sterk functionalistisch is, heeft het veel invloed gehad onder sociale wetenschappers (vooral antropologen) die zich met eigendom bezighouden en op zoek zijn naar een eigendomsconcept dat niet kritiekloos het in een bepaald land geldend juridisch eigendomsbegrip overneemt.

Joe Goldstein was vooral in strafrecht, familierecht en recht-en-psychoanalyse gespecialiseerd. Omdat ik nooit de aantrekkingskracht van dat laatste heb gevoeld, was het vooral de vanzelfsprekende wijze waarop hij op een interdisciplinaire wijze over het familie- en het strafrecht nadacht die mijn denken heeft beïnvloed.<sup>10</sup>

8 D. Kleijer, ‘Het wordt geregeld....’ *Een onderzoek naar (zelf)regulering bij het staken of onthouden van een levensverlengende behandeling op Intensive Cares in Nederland*. Proefschrift, Rijksuniversiteit Groningen, 2005.

9 C. Reich, ‘The new property.’ *Yale Law Journal* 73: 733 (1964). Ik was net staf lid van de *Yale Law Journal* geworden en heb in die hoedanigheid vele lange dagen en nachten aan het artikel gewerkt; mede daardoor zijn wij goede vrienden geworden. Reich publiceerde enkele jaren later, toen ik zijn collega was geworden, een onder een veel groter publiek bekend boek, *The Greening of America* (New York: Random House, 1970). In de periode dat het boek totstandkwam, eind jaren ‘60, heb ik veel met hem opgetrokken – zowel in politiek als in persoonlijk verband – en ik werd in het boek bedankt voor mijn bijdrage. Desalniettemin ben ik nooit een bewonderaar van het boek, dat vooral de opgeklopte, naïeve optimisme van de hippieperiode weergeeft, en de scherpte van Reichs eerder juridisch denken geheel en al mist.

10 Zie bijvoorbeeld zijn, op empirisch (thans zouden we zeggen, rechtssociologisch) onderzoek gebaseerd artikel over beslissingen door de politie om gedrag niet als

Het Amerikaanse juridisch onderwijs – niet te vergeten, een tweede universitaire studie – kende vrij veel vrijheid om zelf vakken te kiezen. De Yale Law School ging daar heel ver in: slechts de vakken van het eerste van zes semesters, plus nog twee andere vakken, waren verplicht; bovendien was toestemming om vakken in andere faculteiten te volgen zo te krijgen. Bij de juridische vakken trad bij ons vrij snel een gevoel van *déjà vu* op: de denkwijze hadden we door, en konden we zelf op elk nieuw onderwerp toepassen. Het gevolg was dat na de eerste anderhalf jaar velen op zoek gingen naar iets anders dan het zoveelste juridische vak. Zo kwam ik terecht bij een vak middeleeuws Engels constitutioneel recht (en bracht ik veel tijd door met het vertalen uit het Latijn van de ‘articles of impeachment’ tegen Richard II) en, meer relevant hier, een vak rechtsantropologie, gegeven door de eigenaardige (rechts)antropoloog Leopold Pospisil.<sup>11</sup> Afgezien van zijn eigen werk (en zijn aan het Legal Realism verwant rechtsbegrip: ‘recht’ is de regels impliciet in de beslissingen van personen wier gezag algemene erkenning geniet) was Pospisil voor mij belangrijk omdat ik bij hem voor het eerst kennis heb gemaakt met Hohfelds *Fundamental Legal Conceptions*.<sup>12</sup> In dit boek wordt een duizelingwekkende poging gedaan om met behulp van louter logisch redeneren de fundamentele begrippen vast te stellen die, los van welk systeem van positief recht dan ook, ten grondslag liggen aan alle juridisch redeneren. Naar mijn (latere) overtuiging is een dergelijke poging gedoemd te falen.<sup>13</sup> Het idee, bijvoorbeeld, dat er tegenover elk ‘recht’ een ‘plicht’ moet zijn, lijdt aan de gebreken die kenmerkend zijn voor elke poging de veelvormigheid van de empirische werkelijkheid op het Procrustes-bed van een louter analytisch schema te leggen. Toch vind ik nog altijd wel dat het toetsen van stellingen over die werkelijkheid met Hohfelds analytisch azijn bevorderlijk is voor helder denken.

---

‘crimineel’ aan te merken: J. Goldstein, ‘Police discretion not to invoke the criminal process, low visibility decisions in the administration of justice’, *Yale Law Journal* 69: 543 (1960). Overigens is het via Goldstein dat ik (intellectueel) contact met de socioloog Richard Schwartz (voor mijn tijd kortstondig aan de Yale Law School verbonden) heb gemaakt. Schwartz was met Goldstein medeauteur van het – zelfs voor die tijd en plaats exotische en uitgesproken interdisciplinaire studieboek *Criminal Law – Problems for Decision in the Promulgation, Invocation and Administration of a Law of Crimes* (New York: Free Press, 1962). Schwartz’ artikel ‘Social factors in the development of legal control: a case study of two Israeli settlements’ (*Yale Law Journal* 63: 471, 1954), heeft veel invloed op mijn denken over recht gehad, hetgeen onder meer blijkt uit de frequentie waarmee ik het in mijn geschriften heb aangehaald alsook uit het feit dat ik het artikel altijd heb gebruikt bij het onderwijs in de rechtssociologie.

11 Zie L. Pospisil, *Anthropology of Law* (New York: Harper & Row, 1971).

12 W. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions, as Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays* (New Haven: Yale University Press, 1919).

13 Vgl. de intellectuele ruzie tussen de (rechts)antropologen Bohannan en Gluckman over het gebruik van ‘volksbegrippen’ bij de beschrijving van vreemd recht (zie M. Gluckman, *The Judicial Process among the Barotse*. Manchester: Manchester University Press, herziene druk 1967, pp.375 e.v.), besproken (tesamen met de bijdrage van de Nederlandse ‘adat-recht school’) in J. Griffiths, ‘Wat is rechtssociologie?’ in *De sociale werking van recht* (3e druk, Nijmegen: Ars Aequi Libri, 1996), pp. 42-43.

### The United States Supreme Court 1965-1967

Terug naar het levensverhaal. Na drie jaar rechtenstudie heb ik twee jaar als ‘law clerk’ gewerkt voor Justice Fortas aan de Supreme Court. Hoewel het werk aan de Supreme Court fascinerend was, vond ik het in toenemende mate moeilijk om voor Fortas te werken. Deels was dit omdat hij – als Justice – zo intens bezig was met zijn innige relatie met President Johnson, en vooral met de toen escalerende oorlogsvoering in Vietnam. Deels omdat hij op, en zelfs over, de grens van corruptie handelde, hetgeen hem later zijn positie aan de Court heeft gekost.<sup>14</sup> Maar wat mij het meest tegen de borst stuitte was zijn diepe cynisme ten aanzien van zijn functie als rechter. Hij vertegenwoordigde in het echt wat bij de meest radicale onder de Legal Realists eigenlijk slechts een provocerende stelling was geweest: rechtspraak is allemaal gewone politiek, de rest is op zijn best schone schijn, bedoeld om legitimiteit onder het volk te verwerven.<sup>15</sup> In termen die ik later in Nederland leerde kennen, praktiseerde Fortas ‘regressief redeneren’: eerst de uitkomst bedenken, daarna er een passend juridisch jasje voor zoeken. Zo kwam het een keer voor dat Fortas een uitspraak eerst zelf concipieerde, naar de kamer van zijn clerks toekwam, de door hem opgestelde tekst aan mij gaf, en zei: ‘John, decorate it!’ Dat wil zeggen, ik mocht de juridische onderbouwing – in voetnoten – leveren voor een conclusie die al tamelijk los daarvan op papier stond.<sup>16</sup>

Enfin, het waren ervaringen die mij rijp maakten voor de kort daarna te verschijnen rechtsfilosofie van Ronald Dworkin.<sup>17</sup> Deze legt de nadruk op het rechterlijke streven naar de ‘right answer’: die uitkomst die overeenkomt met de al vóór de uitspraak bestaande ‘rechten’ van partijen. Dit is een idee die geen juridisch formalisme vereist, maar die ook niet verzandt in het juridische cynisme van de Legal Realist stelling dat rechtspraak eigenlijk een vorm van beleidsvoering is.

14 Over Fortas, zie L. Kalman, *Abe Fortas* (New Haven: Yale University Press, 1990).

15 Zie vooral T. Arnold, *The Symbols of Government* (New York: Harcourt, Brace & World, 1935). Ook J. Frank drukte zich soms in dergelijke termen uit: *Law and the Modern Mind* (New York: Coward-McCann, 1930) en *Courts on Trial* (Princeton: Princeton University Press, 1949).

16 Over het cynisme van sommige leden van de Supreme Court, zie B. Woodward en S. Armstrong, *The Brethren – Inside the Supreme Court* (New York: Simon & Schuster, 1979). Ik heb het boek in *NNR* (voorloper van *Recht der Werkelijkheid*) kort besproken en vooral om de werkelijkheidsgetrouwheid van de sfeertekening geprezen – deze kon ik, merkte ik terzijde op, uit eigen directe ervaring bevestigen (*NNR* 1980/1: 81-82). Paul van Seters vond dit terzijde aanleiding genoeg voor een onzinnige, maar voor dat tijdperk typerende, pagina’s-lange gefulmineer tegen ‘de zogenaamde empirische school in de rechtssociologie’, die naïeve opvattingen ten aanzien van ‘feiten’ op na zou houden (‘Het krantje van John, de kaartenbak van André, of de rechtssociologie in domineesland’, *NNR* 1980/2: 58-69).

17 R. Dworkin, *Taking Rights Seriously* (London: Duckworth, 1977).



### De Yale Law School, 1967-1970

Na mijn twee jaar in Washington besloot ik in te gaan op een aanbod terug te keren naar de Yale Law School als hoogleraar. De volgende drie jaren waren een bijzonder spannende tijd. De oorlog in Vietnam – en in het bijzonder, het maatschappelijke verzet daartegen – had een toppunt bereikt. Lyndon Johnson wou herkozen worden maar een Don Quichot in de vorm van Senator Eugene McCarthy nam het tegen hem op in de voorverkiezingen. McCarthy's campagne in New Hampshire, die voor een belangrijk deel door studenten van de Yale Law School werd gerund, was dermate succesvol dat Johnson zich uit de strijd terug trok.<sup>18</sup>

Ondertussen had de 'Black Power' beweging de universiteiten bereikt. 'Women's Liberation' was bezig allerlei gevestigde posities, opinies en taboes te doorbreken. De 'cultural revolution' verzette zich tegen de saaie burgermaatschappij met kleurrijke kleding, lang haar, luide muziek, heftig drugsgebruik en algehele oneerbiedigheid. Het was de tijd waarover Bob Dylan zong, 'Something is happening here, but you don't know what it is, do you, Mr. Jones?' Onder de Mister Joneses bevonden zich een deel van de hoogleraren van middelbare leeftijd van de Yale Law School – sommige van mijn oude leermeesters – zodat er een gapende generatiekloof ontstond. In het volgende decennium heeft deze kloof geleid tot het al dan niet vrijwillig vertrek van vrijwel alle hoogleraren van mijn generatie.<sup>19</sup>

Het was ook in deze periode dat ik me op een serieuze wijze begon bezig te houden met de rechtssociologie. De Yale Law School was in de tweede helft van de jaren zestig het middelpunt van een herleefde belangstelling voor de integratie van verschillende sociaalwetenschappelijke disciplines in de rechtswetenschap. Er werden aan de Law School mensen met een verscheidenheid aan niet-juridische achtergrond benoemd: economen, sociologen en antropologen, psychiaters en psychoanalytici, filosofen.

Mij trokken vooral de sociologie en antropologie aan. Twee collega's waren daarbij van groot belang: Donald Black, thans waarschijnlijk 's werelds bekendste rechtssocioloog,<sup>20</sup> die toen een post-doc benoeming aan de Law School

18 Afgezien van de deelname aan demonstraties tegen de oorlog in Vietnam bestond mijn eigen activisme uit het adviseren van studenten en anderen ten aanzien van de (vrijwel geheel onbekende) juridische mogelijkheden van verzet tegen vervulling van de dienstplicht. In dit verband ontstond mijn eerste bijdrage aan de rechtssociologie: een onderzoek naar de ondervraging door de FBI van mensen die hun dienstplichtkaart openlijk hadden verbrand (J. Griffiths en R. Ayres, 'A postscript to the Miranda Project: interrogation of draft protestors', *Yale Law Journal* 77: 300-319, 1967); wij genoten even van de bewondering van onze leeftijdsgenoten onder de Yale sociologen toen de centrale theoretische conclusie van het artikel door E. Goffman geciteerd werd in *Strategic Interaction* (Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1969), p. 139.

19 Zie L. Kalman, *Yale Law School and the Sixties* (Chapel Hill: University of North Carolina Press, 2005).

20 Vooral zijn eerste boek – waarvan het gedachtegoed in ontwikkeling was in de periode dat wij collega's waren – blijvend invloed gehad: D. Black, *The Behavior of Law* (New York, Academic Press, 1976). Ik beschouw mijzelf nog altijd als een

had, en Richard Abel, net benoemd aan de Law School na een periode van antropologisch onderzoek in Afrika.<sup>21</sup> Door hen werd ik aangespoord om van alles te gaan lezen, en met hen had ik mijn eerste vurige discussies over allerlei sociologische onderwerpen. Ze hadden in intellectueel opzicht vrijwel niets met elkaar gemeen, behalve twee centrale geloofsartikelen, die ik me snel eigen heb gemaakt en die vanaf die tijd mijn beoefening van de rechtssociologie gekenmerkt hebben:

- (1) De sociologie gaat over sociale *feiten* – hoe de maatschappij in elkaar zit en waarom dat zo is. De rechtsgeleerdheid gaat daarentegen over *normen* – hoe mensen horen te handelen. Tussen die twee vragen is er een fundamenteel verschil en men schept alleen verwarring wanneer dat verschil veronachtzaamd wordt.
- (2) Het doel van elke empirische wetenschap, en dus van de rechtssociologie, is *theorie*.

Omdat de begrippen feit en theorie een grote rol hebben gespeeld in mijn verdere intellectueel leven, wil ik ze kort toelichten. Dat kan makkelijk, want ik heb er, althans als rechtssocioloog, tamelijk primitieve ideeën over. Feiten zijn gewoon feiten. Tegen collega's die zeggen dat feiten géén feiten zijn of die er heel ingewikkeld over willen doen,<sup>22</sup> volstaat het mijns inziens om de Leidse cosmoloog Vincent Icke te citeren: 'Wie zegt dat hij niet weet wat een feit is, liegt. Tenzij hij onbekommerd water in zijn benzinetank gooit.' Een iets poëtischer reactie op mensen die verkondigen dat alle kennis van feiten slechts een 'sociale constructie' is, is de klassieke uitspraak in Thurbers kort verhaal 'The Unicorn in the Garden': 'The unicorn is a mythical beast.'<sup>23</sup>

Over theorie heb ik ook een vrij eenvoudige opvatting. Ik versta daaronder: generalisaties uit ervaring. 'De ezel stoot zich in het gemeen, niet twee keer aan dezelfde steen.' Waarom doet hij dat niet? Omdat hij uit één pijnlijke ervaring lering heeft getrokken en meent dat het ook een tweede keer pijn zal doen. Een slimme ezel trekt die conclusie door naar stenen - of grote, harde objecten - in het algemeen, en dan kunnen we spreken van een eenvoudige theorie. Als gewone mensen het over 'gezond verstand' hebben, hebben ze het over nog complexere generalisaties uit ervaring, oftewel theorie. Dergelijke theorie maakt het

---

'Blackiaan', althans wat de fundamentele uitgangspunten van de rechtssociologie betreft, al vind ik vele (belangrijke) aspecten van zijn 'theory of law' onhoudbaar (om te beginnen, zijn normloze definitie van recht als 'sociale controle door de overheid').

21 Zie R. Abel, *The Judicial Process in the Primary Courts of Kenya*, dissertatie, University of London, 1974). Van zijn vele geschriften heeft vooral zijn 'Law books and books about law' (*Stanford Law Review* 26: 175-228, 1973) mijn denken beïnvloed.

22 Vgl. K. Schuyt, *Filosofie van de sociale wetenschappen* (Leiden: Martinus Nijhoff, 1986). Mijn eigen opvattingen over feiten zet ik kort uiteen in 'Wat is rechtssociologie?' in J. Griffiths, red., *De sociale werking van recht* (Nijmegen: Ars Aequi Libri, 1996), pp. 6-14.

23 J. Thurber, 'The unicorn in the garden', in *Fables for Our Time & Famous Poems Illustrated* (1940).

ons mogelijk, gebeurtenissen die we dagelijks meemaken te begrijpen, te voorspellen, en ook te beïnvloeden. Zo gezien is theorie de basis van alle intelligent handelen.

Goedbeschouwd is wetenschappelijke theorie niets anders dan geprofessionaliseerd gezond verstand: zorgvuldig geformuleerd, toetsbaar, en voortbouwend op eerdere theorie. In dat laatste verband heb ik onder de invloed van Albert Klijn, met wie ik veel en intensief ruim een kwart eeuw lang heb samengewerkt, het fundamentele belang van een bekende uitspraak van Isaac Newton leren inzien: ‘If I have seen farther, it is by standing on the shoulders of giants.’ Met andere woorden, evenals gezond verstand, is een ware wetenschap *cumulatief*, en de cumulatie zit niet in de feitjes, maar in theoretisch inzicht.<sup>24</sup>

Terug naar Yale: In de drie jaar dat ik aan de Yale Law School was verbonden, was naast de rechtssociologie ook de rechtsfilosofie – in de persoon van Ronald Dworkin – van grote invloed op mijn intellectuele ontwikkeling. Naast vele dingen waar ik het hartgrondig met hem eens was, bestreed hij op indringende maar voor mij niet overtuigende wijze het zonet genoemde rechtssociologische geloofsartikel – dat normen en feiten kunnen en moeten worden onderscheiden. Vanaf deze periode heb ik geworsteld met de intellectuele opgave mijn oude liefde voor de filosofie te verenigen met mijn keuze voor de sociologische – dat wil zeggen, de empirische – studie van het recht. Kort nadat ik in Groningen kwam werken heb ik een uitvoerige recensie geschreven van Dworkin's eerste boek, *Taking Rights Seriously*.<sup>25</sup> Daarin heb ik de stelling verdedigd dat zijn rechtsvindingstheorie, waarin het idee centraal staat dat er voor elk juridisch vraagstuk een ‘right answer’ is, niet alleen normatief maar ook empirisch kan worden gelezen. Empirisch beschouwd biedt het een van de beste analyses die ik ken van hoe het sociale proces van rechtsvinding feitelijk verloopt. Dworkin zelf was het natuurlijk niet eens met mijn omvorming van zijn bevolgen normatieve theorie in een beschrijving van de sociale werkelijkheid.

Voordat ik de Yale Law School verlaat moet ik misschien ook een paar woorden wijden aan ‘Critical Legal Studies’ (CLS), een intellectuele beweging onder Amerikaanse academische juristen die precies in mijn Yale periode, en voor een deel onder mijn Yale collegae, is ontstaan. Bovendien, een van mijn vroege geschriften<sup>26</sup> hoorde naar verluid jarenlang tot de canon van CLS. CLS heeft echter op mij nooit enige aantrekkingskracht gehad. Men hield zich vooral bezig met het ‘ontmaskeren’ van het recht en de rechtswetenschap: het door kritische analyse van juridische teksten laten zien dat ‘what you see is not what you get’. Voor zover CLS een linkse maatschappijkritische beweging was, sprak het me nooit aan omdat ik mijn hele leven eigenlijk ouderwets links ben geweest: ik heb altijd gevonden dat de problemen van de armen, de zwarten, van vrouwen, enzovoorts vooral in hun concrete sociaaleconomische situatie

24 Vgl. A. Klijn, ‘Vraag en aanbod op de markt voor rechtshulp. Een reconstructie van twintig jaar onderzoek in Nederland’, pp. 191-254 in J. Griffiths, red., *De sociale werking van recht* (3<sup>e</sup> druk, Nijmegen: Ars Aequi Libri, 1996).

25 ‘Legal reasoning from the external and the internal perspectives’, *New York University Law Review* 53: 1124-1149, 1978 (eerdere versie: *Nederlands Juristenblad* 54: 237-247).

26 ‘Ideology in criminal procedure’, *Yale Law Journal* 79: 1388-1474, 1970.

liggen, en niet gezocht moeten worden in vermeende verwarringen in hun of andermans hoofd. En voorzover CLS een rechtstheoretische beweging is geweest komt deze mij reactionair voor: intern gericht op juridische teksten en wars van enige belangstelling voor het recht als sociaal verschijnsel, terwijl naar mijn mening rechtstheoretische vooruitgang juist vooral gezocht moet worden in het opengooien van de deuren van de rechtswetenschap naar sociaalwetenschappelijke benaderingen van het recht, vooral de rechtssociologie.

Ten slotte nog dit over mijn Yale periode: Een van de noemers waaronder de sociaalwetenschappelijke bestudering van het recht in die tijd werd beoefend was het idee van ‘recht en ontwikkeling’, gebaseerd op de aan Max Webers rechtssociologie ontleende gedachte, dat de aard van een rechtssysteem een belangrijke factor is bij sociaaleconomische vooruitgang. Alleen het idee al wakkerde mijn belangstelling aan voor iets dat een beetje avontuurlijker was dan rechten doceren in het gespreide bedje van Yale. Vanuit de gedachtegang van ‘recht en ontwikkeling’ zou je de omstandigheden in de derde wereld kunnen verbeteren door recht van het westerse type daar te brengen. In het voorjaar van 1970 deed de mogelijkheid zich voor, tijdelijk aan de juridische faculteit van de University of Ghana te werken. Mijn vrouw en ik hebben daarvoor gekozen. Toen we twee jaar later naar de VS terugkeerden besloot ik een positie aan de juridische faculteit van New York University te aanvaarden. In 1970 is mijn Yale tijd dus tot een definitief einde gekomen.

### De University of Ghana, 1970-1972

Mijn ontgoocheling met de hele gedachte van ‘recht en ontwikkeling’<sup>27</sup> – die uiteindelijk geleid heeft tot mijn Groningse oratie, waarover straks meer – is in Ghana begonnen. Het idee dat de investeringen die nodig zijn voor economische ontwikkeling alleen gedaan worden indien rechtszekerheid wordt geboden, door wat Weber een ‘formeel-rationeel’ rechtssysteem noemde, werd gelogenstraft door allerhande ervaringen met de Ghanese samenleving en vooral door gedegen empirisch onderzoek naar de sociaaleconomische ontwikkeling van Ghana.<sup>28</sup> Ik ben onze tijd in Ghana vooral gaan zien als een bijdrage aan mijn eigen ontwikkeling.

27 Ik heb jaren later een keer specifiek over dit vraagstuk geschreven (‘Recht en ontwikkeling’, *Recht en kritiek* 1983/2: 175-191).

28 Zie in het bijzonder P. Hill, *The Migrant Cocoa Farmers of Southern Ghana* (Cambridge: Cambridge University Press, 1970). Hill, zelf econoom, laat door antropologisch veldwerk zien dat het bijna onvoorstelbaar economisch succes van de cacao-productie in Ghana – waarbij grote, jarenlange investeringen nodig zijn voordat men enig rendement ziet – volledig op basis van inheems gewoonterecht gerealiseerd werd. Overigens wist Weber al van het ‘Engeland probleem’ met zijn theorie (hij meende, ten onrechte, dat formeel-rationeel recht in Engeland niet voorkwam); later kwam daarbij, het ‘Japan probleem’, en nog later het ‘Macaulay probleem’: ‘economic exchange’ blijkt helemaal niet zo afhankelijk te zijn van ‘the threat of legal coercion’ als Weber veronderstelde (zie J. Griffiths en H. Weyers, red., *De sociale werking van recht* (4e druk, Nijmegen: Ars Aequi Libri, 2005), pp. 55-58).

### New York University, 1973-1976

In januari 1973 ben ik begonnen aan de Law School van New York University. Naast colleges onrechtmatige daad en het ontwikkelen van een nieuw vak Inleiding, doceerde ik voor het eerst wat mijn eigen specialisme aan het worden was: de rechtssociologie.

Afgezien van het onderwijs hield ik me in deze periode vooral bezig met een onderwerp, dat een centrale plaats heeft ingenomen in de verdere ontwikkeling van mijn ideeën over recht en rechtssociologie: het rechtsppluralisme. Daar was ik in Ghana natuurlijk volop mee geconfronteerd, zowel in de dagelijkse rechtspraktijk als in de rechtsantropologische literatuur die ik in die tijd verslond. Toen ik terug was in de Verenigde Staten werd ik redacteur (later hoofdredacteur) van de *Journal of Legal Pluralism* en ben ik begonnen met een theoretische zoektocht die vele jaren heeft geduurd en nogal wat publicaties heeft voortgebracht.<sup>29</sup> Het rechtsppluralisme zet namelijk de definitie van het begrip recht op losse schroeven. Hoe is het mogelijk 'recht' te definiëren indien men het idee van de staat als enige rechtsbron afwijst en geen beroep wenst te doen op normatieve ideeën over wat recht móet zijn? Ik meen deze vraag, die vooral de rechtsantropologie ongeveer een eeuw geteisterd heeft, in de loop van mijn periode in Groningen opgelost te hebben met behulp van een 'niet-taxonomisch rechtsbegrip'.<sup>30</sup>

### Groningen, 1977-2005

In 1976 ben ik in Groningen benoemd en op 1 januari 1977 ben ik hier begonnen. Van een gespreid bed, of van een trein die al bepaalde stations gepasseerd heeft, was geen sprake. De situatie wat betreft de rechtssociologie aan de juridische faculteit bevond zich op vrijwel het absolute nulpunt: geen staf, niets in het studieprogramma, geen facultair idee wat rechtssociologie is.<sup>31</sup>

Als ik nu terugkijk op het vakgebied dat ik aan de Groninger faculteit over een periode van bijna 30 jaar heb opgebouwd, kan ik dat vanuit twee perspectieven doen: enerzijds een institutioneel perspectief (wat heb ik, samen met

29 Zie in het bijzonder, 'What is legal pluralism?' (*Journal of Legal Pluralism* 24: 1-55, 1986) and 'Legal Pluralism' (pp. 8650-8654 in N.J. Smelser en P.B. Bates, red., *International Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences*. Oxford: Elsevier, 2001). Het gedachtegoed werd toegepast op geschilbeslechting in 'The general theory of litigation – a first step' (*Zeitschrift für Rechtssoziologie* 5: 145-201, 1984) en op de 'effectiviteit' van rechtsregels in 'The social working of legal rules' (*Journal of Legal Pluralism* 48: 1-84, 2003).

30 Het idee werd voor het eerst uitgewerkt in 'The division of labor in social control', in D. Black, red., *Toward a General Theory of Social Control, Vol. I, Fundamentals* (New York: Academic Press, 1984).

31 Door een gelukkige toeval in de huisvesting kwam ik in de begintijd te zitten in de nabijheid van Jan Pen en Bob Bakels, die wel ideeën daarover hadden en die - elk op zijn eigen manier - aan mijn begin in de Nederlandse rechtssociologie hebben bijgedragen. Ik heb in de begintijd ook veel gehad aan de belangstelling van Gerrit van Maanen, die toen medewerker rechtsfilosofie was.

anderen, aan institutionele structuren, in Groningen en in den lande, van de grond gekregen?) en anderzijds een wetenschappelijk perspectief (aan welke vragen, met behulp van welke theorieën, heb ik in mijn onderzoek en onderwijs gewerkt, en wat heeft dat opgeleverd?).

Ik laat het institutionele voor wat het is, niet omdat institutionalisering onbelangrijk is, maar omdat terugkijken op de politieke geschiedenis van academische instellingen en wetenschappelijke organisaties mij niet echt boeit.<sup>32</sup> Het *wetenschappelijke* perspectief op de laatste 30 jaar boeit mij wel. Achteraf zie ik de periode vóór ik naar Groningen kwam als één lange voorbereiding op wat ik hier gedaan heb. De basis voor de centrale ideeën waarmee ik in Groningen gewerkt heb, werd gelegd voordat ik hier kwam. Eenmaal hier, heb ik deze ideeën nader verfijnd, en vooral gebruikt in onderzoek en theorievorming. Als ik ze op een rij zet, kan ik met behulp van enkele thema's een groot deel van mijn rechtssociologische werk ordenen.

Maar eerst wil ik drie strategische uitgangspunten toelichten die invloed hebben gehad op al mijn werk.

Ten eerste heb ik in onderzoek en ook in theorievorming een uitgesproken voorkeur voor het microniveau: voor het in onderzoek en theorie centraal stellen van het handelen van individuen onder concrete sociale omstandigheden. Deze voorkeur weerspiegelt ongetwijfeld het feit dat mijn ingang tot de rechtssociologie overwegend vanuit de antropologie liep. Maar ik kan de voorkeur ook strategisch beredeneren. Daartoe maak ik graag gebruik van een metaforische vergelijking: het probleem van de weersvoorspelling.

Het weer is zowel enkele dagen vooruit als over een heel jaar goed - maar over tien dagen of zo amper - te voorspellen. Deze onvoorspelbaarheid op de middellange termijn bestaat ondanks het feit dat alle fysische en chemische processen die aan het weer ten grondslag liggen goed bekend zijn. Het probleem is dat op de middellange termijn erg veel tamelijk ongrijpbare variabelen van invloed kunnen zijn: de beroemde vlinder in Afrika kan het bij ons over enkele dagen doen regenen.<sup>33</sup>

Ik meen dat de sociale wetenschappen zoals veelal bedreven, in dit opzicht lijken op het voorspellen van het weer: de studie van processen op het niveau van de samenleving stuit telkens weer op het feit dat de relevante variabelen te veel en te ongrijpbaar zijn. De precieze loop van een kogel, zoals in Dallas op

---

32 Naast vele, wellicht onvermijdelijke teleurstellingen, zijn er wel enige wapenfeiten waar ik met tevredenheid op terugkijk, vooral daar waar ik en anderen met succes hebben gepleit voor de integratie van de rechtssociologie en aanpalende disciplines, in het bijzonder de rechtsantropologie. Afgezien van mijn eigen vakgroep zijn de Vereniging voor de Sociaalwetenschappelijke bestudering van het Recht en de (zeer succesvolle maar door toedoen van NWO al lang ter ziele gegane) werkgemeenschap Recht en Samenleving hier de twee belangrijkste voorbeelden van. Samen met Nico Roos en Robert-Jan Smits heb ik de *Nieuwsbrief voor Nederlandstalige Rechtssociologen [NNR]* (voorloper van *Recht der Werkelijkheid*) opgericht.

33 Een artikel over het probleem van de weersvoorspelling heeft mijn gedachtevorming op dit punt gestimuleerd (H. Tennekes, 'Hoe voorspelbaar is het weer?' *Intermedi-air*, 20e jaargang - 6 april 1984).

22 november 1963, kan dramatische consequenties hebben die decennia (maar meestal niet eeuwen) duren. Dit is de reden waarom het voorspellen van maatschappelijke ontwikkelingen op de middellange termijn gedoemd is tot falen.

Mijn uitgangspunt is dat men er daarom verstandig aan doet, de sociologie op te bouwen uit gedegen inzicht op microsociologisch niveau. Goede theorie is wel te ontwikkelen wanneer men zich gaat toeleggen op het handelen van mensen in concrete sociale omstandigheden. Dat is wat ik vooral geprobeerd heb. Zo gaat de benadering van sociale werking van rechtsregels, waar ik de laatste 15 jaar aan gewerkt heb, niet over de oude, vruchteloos gebleken vraag naar de effecten van wetgeving op maatschappelijk niveau, waarover ondanks een eeuw rechtssociologische aandacht weinig opzienbarends te zeggen valt, maar over de meer fundamenteel en wel te beantwoorden vraag hoe het mogelijk is dat een mens überhaupt een regel volgt, en wat daarbij allemaal verondersteld wordt.<sup>34</sup>

Het tweede strategische idee dat veel invloed heeft gehad op mijn benadering van de rechtssociologie is dat de verschillende sociale wetenschappen die betrekking hebben op recht zowel in theorie als in onderzoek geïntegreerd moeten worden. Deze doelstelling heeft mij in verschillende hoedanigheden bezighouden. Zo heb ik als docent en als onderzoeker altijd getracht de keuze van de literatuur en theorie die ik gebruik te laten bepalen door de vraag, waar ik mee bezig ben, en niet door de tamelijk toevallige grenzen van academische disciplines. In onze studieboek voor het inleidende vak rechtssociologie worden artikelen van economen, antropologen, filosofen, sociologen en psychologen opgenomen. Het boek bevindt zich thans in de vierde editie en heeft de afgelopen bijna 20 jaar ook buiten Groningen gezorgd voor een ruime bekendheid met een aantal klassieke bijdragen die voorheen dikwijls niet tot de rechtssociologie werden gerekend.<sup>35</sup>

De derde strategische voorkeur is voor een vergelijkende benadering. Lang voordat Els Baerends – die bijna vanaf het begin bij ons als rechtsantropologe gewerkt heeft – mij er op attent maakte, ben ik aanhanger geweest van de stelling van Fahrenfort: ‘Wie één samenleving kent, kent geen samenleving.’<sup>36</sup> Sociaalwetenschappelijke theorieën zijn in principe universeel: ze gelden onder gelijke omstandigheden in elke samenleving, of ze gelden überhaupt niet. Zoals wetenschapsfilosoof Gerard de Vries het eens zei, ‘Als een Japanner zegt, ‘Ik heb dit of dat ontdekt bij een elektron’, mag je niet antwoorden, ‘Ja, dat heb je met die Japanse elektronen.’<sup>37</sup>

Ik zal nu de belangrijkste thema’s toelichten waaromheen mijn wetenschappelijke arbeid de laatste 30 jaar zich heeft afgespeeld.

34 Zie ‘The social working of legal rules’, *Journal of Legal Pluralism* 48: 1-84 (2003).

35 J. Griffiths & H. Weyers, red., *De sociale werking van recht. Een kennismaking met de rechtssociologie en rechtsantropologie*. Nijmegen, Ars Aequi Libri, 2005 (eerde drukken zijn in 1987, 1992 en 1996 verschenen).

36 Aangehaald door A. Köbben, ‘De vergelijkende methode in de volkenkunde’, in *Van primitieven tot medeburgers* (Assen: Van Gorcum, 1974), p. 24.

37 Gerard de Vries, colleges wetenschapsfilosofie (persoonlijke mededeling).

### *Effectiviteit*

Ik heb me in 1978 formeel aan de academische gemeenschap voorgesteld met een oratie die de instrumentalistische kijk op het recht als middel tot het bewerkstelligen van gewenste maatschappelijke effecten, ten grave droeg.<sup>38</sup> De titel was '*Is Law Important?*', en grof samengevat was het antwoord 'nee', althans niet wanneer het belang van het recht instrumentalistisch wordt opgevat. Ik heb het hele effectiviteitsvraagstuk als achterhaald en oninteressant neergezet. Ik had kennelijk de behoefte aan te kondigen dat wat ik ook zou gaan doen, het in ieder geval geen effectiviteitsonderzoek zou zijn.

Feit is echter, dat ondanks wat ik in 1978 te berde bracht, ik me vanaf begin jaren '90 zowel in onderzoek als in theorievorming juist wel intensief met het effectiviteitsvraagstuk heb beziggehouden. Ik kom daarop terug nadat ik kort de dingen die mijn aandacht in de tussenliggende jaren hebben gehad, heb besproken.

### *Rechtspluralisme*

In de beginjaren in Nederland zocht ik vooral aansluiting bij collega's die zich toedegen op mijn voornaamste sociaalwetenschappelijke interesse, de rechtsantropologie. Door een vrij kleine groep – in Nederland vooral Govert van den Bergh, Fons Strijbosch, en Franz en Keebet von Benda-Beckman – is een internationale paradigmastrijd gevoerd om de rechtspluralistische boodschap algemeen geaccepteerd te krijgen.<sup>39</sup> Dat is ons gelukt ook, en tegenwoordig lijken niet alleen vrijwel alle rechtsantropologen maar ook de meeste rechtssociologen en vele enigszins verlichte juristen, het idee vanzelfsprekend te vinden dat er in elke maatschappij meerdere, vaak botsende, vormen van recht zijn. Ter wille van de strijd, heb ik begin jaren tachtig alle argumenten die ik en anderen bedacht hadden op een rij gezet in een programmatisch stuk, '*What is legal pluralism?*'<sup>40</sup> Het stuk heeft veel invloed gehad en aanleiding gegeven tot hoogoplopende polemieken.<sup>41</sup> Terugkijkend vind ik het heel zwaar aangezet, een 'period-piece' uit een tijdperk dat niet meer bestaat. Het verdedigt een begrip, maar het doet er niets mee. Het oogsten kwam pas later, vooral toen het conceptuele werk aan het idee van rechtspluralisme van grote betekenis bleek voor onderzoek en theorievorming over de sociale werking van recht.

### *Geschilbeslechting*

Nadat ik in mijn oratie had afgerekend met het effectiviteitsvraagstuk, moest ik me wel gaan toeleggen op andere onderzoeksonderwerpen. In de rechtsantropologie stond in die tijd de studie van geschilprocessen centraal. Dat leek me een interessant terrein voor onderzoek en nadere theorievorming. In 1983 heb ik

38 *Is Law Important?* (Deventer: Kluwer 1978); herziene versie in *New York University Law Review* 54: 339-374, 1978).

39 Buiten Nederland waren collega's als Gordon Woodman en Frank Snyder (VK), Rick Abel en Marc Galanter (VS), eveneens belangrijke strijdmakkers.

40 'What is legal pluralism?' *Journal of Legal Pluralism* 24: 1-55.

41 Zie i.h.b. B. Tamanaha, 'The folly of the 'social scientific' concept of legal pluralism', *Journal of Law and Society* 20: 192-217, 1993.



een proeve van een algehele theorie over de levensloop van geschillen gepubliceerd; het artikel was een poging al het theoretisch inzicht dat in de literatuur te vinden was samen te brengen in één coherent geheel.<sup>42</sup>

Rond dezelfde tijd bood zich een kans aan om de theorie in de praktijk uit te proberen. Het eerste grootschalige onderzoek waar ik in Groningen aan gewerkt heb, was het onderzoek naar het functioneren van de bezwaarschriftenprocedure onder de toenmalige wet Arob, thans de Algemene Wet Bestuursrecht. Het onderzoek stond onder leiding van Michiel Scheltema en is vooral door leden van de vakgroep Bestuursrecht en Bestuurskunde uitgevoerd. Tussen 1979 en 1984 hebben Bert Niemeijer en ik aan dat onderzoek meegewerkt. Er is een schat aan gegevens geproduceerd en een aantal beleidsvragen op zorgvuldige wijze beantwoord.<sup>43</sup>

De voor mij meest interessante theoretische ervaring tijdens het Arob onderzoek, vond plaats voordat het goed en wel begonnen was. In de onderhandelingen met ambtenaren van de subsidieverlenende ministeries nam ik het standpunt in dat het onderzoek zich niet kon beperken tot ingediende bezwaarschriften. Immers, misschien de belangrijkste verworvenheid van de geschilbeslechtingsliteratuur is dat geschillen alleen vruchtbaar bestudeerd kunnen worden indien men begint met het ontstaan van het geschil in het maatschappelijke verkeer en de hele levensloop volgt totdat het geschil geen waarneembare factor meer is. De ambtenaren wisten echter beter: zij waren geïnteresseerd in de zogenaamde filterfunctie van de bezwaarschriftenprocedure – in hoeverre dankzij deze procedure conflicten oplost worden zodat het aantal daarop volgende beroepsprocedures kleiner wordt. Naar hun mening waren alleen gevallen van ingediende bezwaarschriften relevant, want alleen deze konden tot een beroep leiden. Ze hadden geen zin geld uit te geven om de nieuwsgierigheid van een ivoren-toren wetenschapper te bevredigen.

We wilden het onderzoek niet in gevaar brengen en lieten het onderwerp voorlopig liggen, maar tijdens het onderzoek hebben wij ons niet helemaal aan de opgelegde beperking gehouden. En gelukkig niet, want het theoretische inzicht bleek correct: verschillen tussen gemeentes met betrekking tot het aantal beroepsprocedures konden niet begrepen worden zonder te kijken naar wat er voorafging aan de indiening van bezwaarschriften. Zo was de gemeente met het *kleinste* aantal beroepszaken tevens een waar de filterende werking van de bezwaarschriftprocedure nihil was: alle bezwaarschriften gingen door in beroep. Hoe kón het een met het ander samengaan? Het antwoord was eenvoudig. De gemeente in kwestie had een informele voorprocedure georganiseerd. Voorafgaande aan de indiening van een formele bouw aanvraag vond uitvoerig formeel overleg plaats. Als gevolg hiervan werden later ingediende formele

42 Later heeft Gijs Verkruijsen het centrale theoretische uitgangspunt van het artikel – dat theorievorming over geschilprocessen moet beginnen bij het allerprilste begin van een geschil in het maatschappelijke leven – veel verder doorgetrokken, namelijk naar een ‘onaangename ervaring’ en de wijze waarop deze middels sociale interactie wordt geduid. Zie G. Verkruijsen, *Dissatisfied Patients – Their Experiences, Interpretations and Actions*.. Proefschrift, Rijksuniversiteit Groningen, 1993.

43 C. Breeuwsma c.s., *Beeld van de Arob-bezwaarschriftenprocedure* (Deventer: Kluwer, 1982); C. Breeuwsma c.s., *Arob-praktijken* (Deventer: Kluwer, 1984).

aanvragen vrijwel altijd gehonoreerd. Alleen in een zeer klein aantal onoplosbare gevallen werd een bouwvergunning geweigerd. In die gevallen werd stevast een bezwaarschrift ingediend, en deze gevallen waren al zo uitvoerig bekeken dat er geen kans meer was om ze op gemeentelijk niveau op te lossen – ze gingen allemaal door in beroep. De filterfunctie van de bezwaarschriftprocedure bleek dus afhankelijk te zijn van precies wat je uit de geschilbeslechtingstheorie zou verwachten maar wat wij niet hadden mogen bestuderen: sociale processen die voorafgaan aan het indienen van een bezwaarschrift.

Deze ervaring is mij altijd bijgebleven als voorbeeld van twee algemene stellingen. Een is van Leibniz, maar vooral via Marx bekend geworden: er is niets praktischer dan een goede theorie. De andere is van mezelf: het probleem met beleidsonderzoek ligt dikwijls in het feit dat beleidsmakers geen goede empirische vragen kunnen stellen. Dit komt doordat ze alleen beleidsbelangstelling en geen theoretisch inzicht hebben. De werkelijke functie van een sociale wetenschapper bij beleidsonderzoek ligt meestal niet zozeer in de uitvoering van het onderzoek als in de verbetering van een slecht gestelde vraag.

### *Sociale werking*

Aan het eind van de jaren tachtig ben ik op min of meer toevallige wijze teruggekomen op het thema dat ik in mijn oratie meende voorgoed begraven te hebben: wat is nu het belang van rechtsregels in het maatschappelijk verkeer? Dit toeval heeft aan mijn onderzoek en theoretisch werk gedurende de laatste bijna 20 jaar een bepalende wending gegeven. Het ging als volgt. In 1987 werd ik door de redactie van het *Nederlands Juristenblad* gevraagd vanuit het perspectief van een toeschouwer te kijken naar de euthanasiediscussie zoals die in de voorafgaande jaren was gevoerd.<sup>44</sup> Ik kon niet bogen op enige kennis van zaken en ik had toen niet meer dan een gemiddelde belangstelling voor het onderwerp. Het leek geen bijzondere rechtssociologische aantrekkingskracht te bezitten. Ik weet eigenlijk niet meer waarom ik op de uitnodiging inging.

Hoe dat ook zij, het bleek een gouden greep. Naast een heleboel andere dingen viel mij in de maatschappelijke discussie over euthanasie op, hoe pover het inzicht was in de sociale werkelijkheid waarover een tamelijk fel debat werd gevoerd. Ik trof vrijwel geen indicatie aan dat de deelnemers zich bekommerden om de betekenis die hun uiteenlopende standpunten zouden hebben in de praktische context van het medisch handelen. Dat een arts handelt in een omgeving die hem of haar confronteert met allerlei andere soorten overwegingen dan alleen het recht – gesteld dat hij of zij überhaupt weet wat de wet verlangt – was voor mij als oude rechtspluralismerakker vanzelfsprekend maar het kwam bij de deelnemers kennelijk niet op. Zij leken de klassieke fout te maken waar de Legal Realists tegen fulmineerden: denken over één ding dat alleen betekenis heeft in verband met een ander ding, zonder over dat andere ding te denken.

Het was in dit verband dat ik, voor zover ik mij kan herinneren, voor het eerst de uitdrukking ‘sociale werking’ gebruikt heb. Ik heb gepleit voor aandacht voor de wijze waarop rechtsregels, welke dat ook zijn, in de dagelijkse

---

<sup>44</sup> ‘Een toeschouwersperspectief op de euthanasie discussie’, *Nederlands Juristenblad* 62: 681-693 (1987).

praktijk de beslissingen van artsen al dan niet beïnvloeden. Dat pleidooi heeft mij in de daarop volgende jaren niet meer losgelaten.

Kort daarna heb ik het idee van sociale werking voor het eerst systematisch uitgewerkt, in het kader van een artikel over de bijdrage van wetgeving aan de emancipatie van achtergestelde groepen.<sup>45</sup> Mede naar aanleiding van dat artikel heeft Petra Oden eind jaren tachtig promotieonderzoek gedaan naar de sociale werking van voorkeursbeleid ten behoeve van vrouwen.<sup>46</sup> Het ging om de benoeming in 1985 van hoofden van de nieuw gevormde basisscholen. Het onderzoek heeft mij gesterkt in de overtuiging, dat alleen gerichte aandacht voor de concrete sociale context van het handelen – wat ik in die tijd de ‘maatschappelijke werkvloer’ ben gaan noemen – en vooral voor de sociale organisatie van die werkvloer, en de niet-juridische regels die daar gelden, het *échec* van instrumentalistisch effectiviteitsonderzoek zou kunnen doorbreken.

Want wat bleek uit Odens onderzoek? In de eerste plaats, dat het voorkeursbeleid gericht was op het verkeerde probleem: op de *selectie* van vrouwen, terwijl het probleem vooral lag bij de *kandidaatstelling*. Alleen de hoofden van de voormalige kleuterscholen en lagere scholen kwamen in aanmerking, en de vrouwen onder hen – vooral oud-hoofden van kleuterscholen – hebben zich nauwelijks als kandidaat aangemeld. Toen Oden haar aandacht richtte op de vraag waarom zo weinig vrouwen zich kandidaat stelden, bleek dat in sterke mate beïnvloed te zijn door normen die golden in hun onmiddellijke sociale omgeving, zowel thuis als op het werk.

Een tweede ontwikkeling heeft mijn belangstelling voor de sociale werking nog verder versterkt. Evenals vele andere wendingen in mijn leven had deze zowel een toevallig karakter als een lange voorgeschiedenis. Ik heb al eerder iets gezegd over mijn belangstelling voor de eventuele rol van het recht bij het ontwikkelingsvraagstuk. Korte tijd na mijn aankomst in Groningen werd ik lid van de universitaire Werkgroep Ontwikkelingsvraagstukken. De Werkgroep werd begin jaren negentig benaderd door de Stichting Tropenbos, die namens enkele betrokken ministeries wetenschappelijk onderzoek financierde ten behoeve van de bescherming van het tropisch bos. Men vroeg of wij zin hadden onderzoeksvoorstellen te doen met betrekking tot de sociaalwetenschappelijke kant van de zaak.

Ik heb een voorstel ingediend met betrekking tot de rol van het recht. Het voorstel werd goedgekeurd en het onderzoek werd uiteindelijk in Ecuador uitgevoerd. Een deel van het project had betrekking op het gedrag van kleine boeren die naar het tropisch bos in het Amazonegebied migreerden, en die verantwoordelijk werden geacht voor een groot deel van de ontbossing. De centrale gedachte van de sociale werking benadering stond voorop: als je wil weten welk effect een rechtsregel heeft op het handelen van de mensen op een bepaalde maatschappelijke werkvloer, moet je je verplaatsen in hun situatie, dat

---

45 ‘De sociale werking van rechtsregels en het emancipatoire potentieel van wetgeving’, pp. 27-46 in T. Havinga en B. Sloot, red., *Recht: bondgenoot of barrière bij emancipatie* (Den Haag: Vuga, 1990).

46 P. Oden, *Voorkeursbeleid op lokaal niveau* (Groningen: Wolters-Nordhoff, 1993).

wil zeggen, je moet hun handelen zien in de context van de concrete omstandigheden waar ze mee te maken hebben.

In de literatuur werden sterke lokale sociale groepen, en het volksrecht dat daarmee samenhangt, vaak de schuld gegeven voor de ineffectiviteit van staatsrecht. Maar ondanks mijn eigen verknochtheid aan het idee van rechtspluralisme, hebben wij moeten concluderen dat er onder de boeren in het Amazonegebied amper sprake was van lokaal volksrecht. Het probleem lag precies andersom. Het probleem was niet dat bestaande lokale boerenorganisaties zo sterk waren dat ze het nationale recht tegen konden houden in de naam van eigen recht, maar dat zij juist te zwak waren om hun leden te houden aan de eisen van welk recht dan ook. Het overheidsbeleid diende dus gericht te zijn op het versterken van niet-staatelijke organisaties, in de hoop ze daarna bij de handhaving van de boswetgeving te kunnen betrekken.<sup>47</sup> Dit idee was een mooie toepassing van een stelling van de door mij bewonderde rechtsantropoloog Sally Moore: dat wanneer het recht nageleefd wordt, dit meestal het gevolg is van precies dezelfde sociale processen die in andere omstandigheden ervoor zorgen dat het niet nageleefd wordt.<sup>48</sup> Of, zoals ik het later heb verwoord, het is de maatschappij die de effectiviteit van het recht regelt.<sup>49</sup>

Ondertussen had mijn pleidooi voor aandacht voor de sociale werking van de euthanasieregels geleid tot verschillende mogelijkheden voor de financiering van onderzoek naar de regulering van euthanasie, en later van allerlei andere medische handelingen waarbij het leven van de patiënt in het geding is. Zo ontstond een onderzoeksgroep in wiens midden ik de laatste 15 jaar gewerkt heb.

Tot voor kort waren de belangrijkste producten van het programma Heleen Weyers' dissertatie over het proces van rechtsontwikkeling rond euthanasie<sup>50</sup> en een boek over euthanasie en recht in Nederland.<sup>51</sup> Van dat laatste wordt momenteel aan een vervolg gewerkt, waarbij ook België uitvoerig wordt behandeld, alsmede in het kort een aantal andere Europese landen.<sup>52</sup>

De kern van het onderzoeksprogramma betreft de vraag: wat betekenen de geldende rechtsregels in de dagelijkse praktijk van een arts, waarom is dat zo, en wat zouden de gevolgen van inzicht in deze twee vragen moeten zijn voor de keuze van een reguleringswijze? Wat dat laatste betreft kan ik kort zijn: ons

47 Zie T. Taale en J. Griffiths, red., *The Role of Law in the Protection of the Tropical Forest in Ecuador's Amazon Region* (Final Report, submitted to Tropenbos Foundation, 1995).

48 S. Moore, 'Law and social change: the semi-autonomous social field as an appropriate subject of study', *Law & Society Review* 7: 719-746 (1973); vertaling opgenomen in de verschillende drukken van *De sociale werking van recht* (zie noot 35).

49 'The social working of legal rules', *Journal of Legal Pluralism* 48: 1-84, 2003.

50 H. Weyers, *Euthanasie: het proces van rechtsverandering* (Amsterdam: Amsterdam University Press, 2004).

51 J. Griffiths, A. Bood en H. Weyers, *Euthanasia and Law in the Netherlands* (Amsterdam: Amsterdam University Press, 1998).

52 J. Griffiths, M. Adams en H. Weyers, *Euthanasia and Law in Europe* (Oxford: Hart Publishing, verschijnt in 2007).

onderzoek bevestigt telkens weer de stelling dat het strafrecht ten ene male ongeschikt is als instrument om medisch handelen in goede banen te leiden.

De laatste jaren zijn we meer en meer geïnteresseerd geraakt in het verschijnsel ‘zelfregulering’, waarbij de sociale organisaties die actief zijn op de werkvloer de verantwoordelijkheid dragen voor het reguleren van het handelen van hun leden.<sup>53</sup> Steeds geldt mijns inziens deze stelling: hoe meer de mensen op de werkvloer betrokken zijn bij het ontwerpen en de handhaving van een gedragsregel, hoe meer deze regel het feitelijk handelen zal blijken te beheersen. Zonder de steun van artsen en verpleegkundigen is het euthanasierecht op de medische werkvloer even machteloos als de Ecuadoreaanse boswet midden-in het oerwoud van het Amazonegebied zonder de steun van lokale boeren.

Die laatste opmerking brengt mij tot een kleine reflectie over een van de aardigheden van theorie. Als ik begin jaren negentig werd gevraagd waar ik me mee bezighield, moest ik daarop antwoorden: met onderzoek naar de regulering van euthanasie en naar de rol van het recht bij de bescherming van het tropisch bos in Ecuador. Dikwijls zag men niet dat die twee dingen veel met elkaar te maken hebben. Provocerend merkte ik dan op, dat ze voor mij als twee druppels water op elkaar leken. Na enig blijk van ongeloof kon ik dan uitleggen, dat wat de onderliggende theorie betreft – en daarmee bedoelde ik het idee van sociale werking – allerlei oppervlakkige verschillen er niets toe doen. Het probleem is hetzelfde: wanneer heeft een regel invloed op gedrag? Theorie maakt het inzicht mogelijk dat een ziekenhuis in Nederland en een bosdorp in het Amazonegebied veel met elkaar gemeen hebben. Dat je met behulp van een theoretische bril gelijkenissen kunt zien, daar waar vooral de ogenschijnlijke verschillen opvallend zijn, heeft mij mijn hele wetenschappelijke leven geboeid.

### Whig autobiografie

De uitdrukking ‘Whig history’ duidt op een ahistorische wijze van geschiedschrijving.<sup>54</sup> Het verleden wordt vooral als aanloop tot het heden geïnterpreteerd. Het feit dat gezien vanuit het verleden de gebeurtenissen meestal nogal toevallig lijken – dat er op vele momenten alternatieve uitkomsten mogelijk waren – wordt over het hoofd gezien.

Een terugblik op het eigen leven heeft dikwijls hetzelfde karakter: de ‘road not travelled by’ wordt vergeten. Alleen wat gezien kan worden als stappen in de richting van nu krijgt een plaats in het verhaal. Kortom, autobiografie heeft als men niet oppast het karakter van Whig autobiografie.

Ik heb mijn wetenschappelijk leven in deze afscheidsrede willens en wetens beschreven als een opeenvolging van over het algemeen gelukkige toevalligheden die allemaal gericht lijken te zijn op wat er van mij is geworden. De overheersende rol van het toeval begint met het tijdstip en de plaats van mijn ge-

---

53 Zie H. Weyers en J. Stamhuis, red., *Zelfregulering* (Den Haag: Reed Business Information, 2004).

54 Zie *Wikipedia*, ‘Whig history’.

boorte en de familie waartoe ik behoorde. Daar had ik natuurlijk part noch deel in.

Ik heb me altijd sterk aangetrokken gevoeld tot de kern van Rawls' politieke filosofie, namelijk dat het persoonlijke kapitaal dat men bij de geboorte verwerft, inclusief de gezinsomstandigheden en aangeboren eigenschappen zoals intelligentie, geen persoonlijke verdiensten zijn. Ze kunnen op zichzelf niet de basis vormen van gerechtvaardigde ongelijke behandeling.<sup>55</sup> Die gedachte knaagt iedere keer wanneer ik iemand hoor beweren, alsof het een vanzelfsprekendheid is, dat mensen recht hebben op meer dan hun deel van een sociaal goed, zoals gezondheidszorg of onderwijs, als ze er maar zelf voor betalen. Zodra je je eigen leven ziet, niet als een opvolging van vrije keuzes richting een maatschappelijke positie die je verdient, maar als een opvolging van toevalligheden richting een maatschappelijke positie waar je moreel gesproken geen aanspraak op hebt, dwingt dit tot bescheidenheid.

---

55 J. Rawls, *A Theory of Justice* (Cambridge: Harvard University Press, 1971).

## FORUM





## Naar invoering van lekenrechtspraak

Maarten de Voogd<sup>1</sup>

Onder de titel 'Effectief en op maat' heeft de Projectgroep Veiligheid en Criminaliteitsbestrijding van de VVD voorstellen gedaan die een innovatieve, meer doeltreffende aanpak van de criminaliteit beogen. De bevordering van veiligheid en de bestrijding van de criminaliteit in Nederland laten nog altijd veel te wensen over. Het aantal strafbare feiten dat de strafrechtsketen bereikt en uiteindelijk tot een formele rechterlijke sanctie leidt, is slechts een fractie van het totale aantal strafbare feiten dat in Nederland wordt gepleegd.<sup>2</sup> Zo'n 85% van de bevolking ervaart criminaliteit als een groot maatschappelijk probleem, zeven van de tien Nederlanders vinden dat de overheid te weinig doet aan de bestrijding ervan en driekwart van de bevolking dringt aan op een krachtiger bestrijding van de criminaliteit en handhaving van de openbare orde.<sup>3</sup> Wat betreft het vertrouwen van de burger in het functioneren van de politie bevindt Nederland zich op de laatste plaats van de zogenaamde ICVS-landen, een negental liberale democratieën die voorwerp zijn van vergelijkend onderzoek.<sup>4</sup> Aangezien het hanteren van de zwaarmacht de *raison d'être* van de staat is, kan onvrede met het tekortschieten van de aanpak van de veiligheid het vertrouwen in de overheid sterk ondermijnen. De kabinetten Balkenende I en II hebben in hun veiligheidsprogramma 'Naar een veiliger samenleving' de ernst van de situatie onderkend en het bevorderen van een veiliger samenleving verheven tot topprioriteit. Hoewel aannemelijk is dat de veiligheidssituatie door de uitvoering van het veiligheidsprogramma zal verbeteren, kan naar de mening van de Projectgroep daarmee niet worden volstaan. Het rapport bevat onder meer voorstellen voor een systeem voor herstelgerechtigdheid, meer bestuurlijke handhaving, de sanering van strafbaarstellingen, een vervolgingsmandaat voor gekwalificeerde politieambtenaren en de mogelijkheid voor burgers om zelf een strafvervolgung te starten. Het rapport doet ook een voorstel voor invoering van lekenrechtspraak in het strafproces. Over het voorstel tot invoering van lekenrechtspraak in het strafproces gaat dit artikel.

---

1 Maarten de Voogd was secretaris van de Projectgroep Veiligheid en Criminaliteitsbestrijding van de VVD. Hij heeft dit artikel op persoonlijke titel geschreven.

2 Sociaal en Cultureel Planbureau, Sociaal en Cultureel Rapport 2002, De kwaliteit van de quartaire sector (hierna: SCP-rapport), p. 640.

3 SCP-rapport, resp. p. 656, p. 660 en p. 657.

4 Zie Paul Nieuwbeerta en John van Kesteren, Slachtoffers van criminaliteit in Nederland, Tijdschrift voor Criminologie, 2001/2, p. 121-122.

### De afstand tussen de rechtspraak en de samenleving

In vergelijking met andere landen verrichten politie, justitie en de rechter in Nederland hun werkzaamheden relatief afgeschermd van de rest van de samenleving. Afstand is nodig om deze instanties professioneel, zelfstandig en op basis van eenduidige normen te laten functioneren. Tegelijkertijd is deze afstand ten dele ook het bijkomende gevolg van de werkdruk waarmee deze instanties kampen. Deze werkdruk heeft geleid tot nog een sterkere focus op de interne organisatie en op bureaucratische procedures. Een gevolg hiervan is dat deze instanties zich meer voor de samenleving afsluiten dan wenselijk is en het contact verliezen met de samenleving waarvoor deze instanties juist moeten optreden.<sup>5</sup> Dit verlies aan contact draagt bij aan de erosie van het vertrouwen van de burger in deze instanties.

Deze afstand doet zich onder meer voor in de rechtspraak. De rechtspraak in Nederland is in handen van juridische professionals en vindt plaats in een bureaucratische context. Een enkele uitzondering daargelaten (Raad van State, pachtkamers en militair strafrecht), dienen Nederlandse rechters meester in de rechten te zijn. De rekrutering van rechters bestaat voor het grootste deel uit zij-instromers, juristen met zes of meer jaren relevante praktijkervaring en daarnaast uit eigen kweek, de RAIO-opleiding. Bovendien wordt gebruik gemaakt van rechter-plaatsvervangers: ervaren juristen die periodiek (bijvoorbeeld een keer per maand) als rechter optreden. De wijze van rekrutering en het gebruik van rechter-plaatsvervangers kunnen niet voorkomen dat al geruime tijd aanzienlijke kritiek bestaat op het functioneren van de rechterlijke macht. Eén aspect van die kritiek betreft het feit dat prikkels van buiten onvoldoende in de rechterlijke macht lijken door te dringen en dat de rechterlijke macht daardoor naar binnen gericht raakt en signalen uit de samenleving onvoldoende oppakt. De rechter is daardoor te weinig een representant van de samenleving waarvoor hij recht spreekt. Een ander aspect van die kritiek is dat rechters zich onvoldoende bewust lijken te zijn van het belang van een duidelijke communicatie met die samenleving. Het onderzoek ter zitting is in hoge mate een bureaucratisch abstract proces, vonnissen zijn te vaak geformuleerd in onnodig moeilijke taal en summier gemotiveerd. Daardoor verliest de rechtspraak aan legitimatie.<sup>6</sup>

Voor deze problematiek bestaat al geruime tijd aandacht; in zoverre zijn de problemen (helaas) niet nieuw. In de afgelopen jaren is er onder meer gekeken naar de verbetering van de motivering van een strafvonnis. Betwijfeld moet worden of de tot nu toe getroffen maatregelen voldoende zijn en of de rechter daadwerkelijk anders gaat communiceren met de samenleving. Daartoe geïnspireerd door geluiden uit de rechtswetenschap, de rechtspraktijk en door de rechtsstelsels in de ons omringende landen, is de Projectgroep tot de conclu-

---

5 Hoogleraar strafrecht Theo de Roos, zelf ook rechter-plaatsvervanger, sprak naar aanleiding van de fouten in de Schiedammer parkmoord zelfs van een 'oestercultuur' van de rechterlijke macht. NRC Handelsblad 15 april 2006.

6 NRC Handelsblad 15 april 2006, p.3.

sie gekomen dat moet worden geëxperimenteerd met een systeem van lekenrechtspraak in het strafrecht.<sup>7</sup>

### **Ervaringen met lekenrechtspraak**

In veel Europese landen leveren burgers een actieve bijdrage aan de strafrechtspleging door op te treden als lekenrechter. Lekenrechters zijn burgers zonder juridische scholing die (mee-) beslissen over de schuld van de verdachte en de op te leggen straf. Op het terrein van de lekenrechtspraak zijn er twee hoofdvormen. Soms wordt een zaak berecht door een gemengde kamer waarin zowel professionele als lekenrechters zitting hebben. Dit model komen we met name in Duitsland tegen. Maar er zijn landen waar zaken worden beslist door kamers die uitsluitend uit leken bestaan. De Engelse Magistrates' Courts zijn daarvan het voorbeeld. Deze inzet van lekenrechters levert twee voordelen op.

In de eerste plaats vergroot het het democratisch gehalte van de rechtspraak. Door leken bij de rechtspleging in te schakelen ontstaat er een wisselwerking tussen de professionele rechters en de burgers. Aangezien de professionele rechters voortdurend met leken over zaken discussiëren begrijpen ze veel beter welke elementen van het proces bij de burger vragen oproepen. Bovendien heeft deelname van lekenrechters, met name in stelsels met gemengde kamers, positieve gevolgen voor de kwaliteit van de procedure en de vonnissen. De professionele rechter moet er voor zorgen dat alles wat er tijdens de zitting gebeurt voor de lekenrechter begrijpelijk is. Daarnaast moet alles op zo'n manier worden opgeschreven, dat de lekenrechters het vonnis begrijpen en mede kunnen ondertekenen. Deze gang van zaken leidt tot zeer toegankelijke zittingen en overtuigende vonnissen. Deskundigen benadrukken dan ook dat de kwaliteit van Duitse vonnissen positief afsteekt bij de Nederlandse, die vooral geschreven worden om in beroep in stand te blijven en niet om uitleg te geven over de zaak.<sup>8</sup> De burgers die als lekenrechters optreden krijgen meer begrip voor de strafrechtspleging en vergroten het draagvlak daarvoor en de legitimiteit ervan in de samenleving. Over de straftoemeting doen zich in Duitsland en Engeland dan ook veel minder discussies voor dan in Nederland. Burgers begrijpen beter waarom bepaalde straffen worden opgelegd. Dit alles komt de legitimatie van de strafrechtspleging ten goede.

Een tweede voordeel van lekenrechtspraak betreft het terugdringen van de werklast in de strafrechtelijke keten. De professionele rechterlijke macht met name in de Engelse variant blijkt ingrijpend te worden ontlast door de aanwezigheid van lekenrechters. Een Magistrates' Court is onderverdeeld in kamers van drie rechters. Zij houden zich bezig met de berechting van 'petty crime',

---

7 Zie bijvoorbeeld de discussie in het Nederlands Juristenblad van 27 september 2002 over de stelling 'Moeten we naar een vorm van lekenrechtspraak toe?', NJB 2002, p. 1701-1704. Zie verder o.m. P.J.P. Tak en J.P.S. Fiselier, Duitsland-Nedreland en de afdoening van strafzaken, Wolf Legal Publishers, Nijmegen, 2002.

8 P.J.P. Tak in: Toezicht op de strafrechter, in: P.P.T. Bovend' Eert, L.E. de Groot – Van Leeuwen, Th.J.M. Mertens (red.), De rechter bewaakt: over toezicht en rechters, KUN, Nijmegen, 2003, p. 174.

dat wil zeggen overtredingen en lichte misdrijven. Zij kunnen een geldboete opleggen, een taakstraf, of een vrijheidsstraf van maximaal zes maanden. Magistrates' Courts berechten in totaal 96% van alle strafbare feiten. Als gevolg daarvan hoeft de professionele rechterlijke macht, verenigd in de zogenaamde Crown Courts, zich alleen met een beperkt aantal serieuze zaken bezig te houden. Dit betekent dat het gebrek aan zittingstijd, dat in Nederland nogal een reden is om zaken te laten lopen, in Engeland een vrijwel onbekend verschijnsel is. Magistrates zijn bovendien goedkoop: ze krijgen geen salaris, maar kunnen aanspraak maken op een onkostenvergoeding. De meesten doen daarop geen beroep, zij beschouwen deze functie als een ere-baan. Magistrates worden geacht minimaal 26 halve dagen per jaar te zitten. Sommigen doen dat in hun vrije tijd. De meeste werkgevers geven hun werknemers voor dit doel verlof, omdat het in de gelederen hebben van Magistrates goed op het bedrijf afstraalt. Op dit moment telt Engeland ongeveer 30 duizend Magistrates.

Zowel onder de bevolking als onder juristen bestaat er erg veel waardering voor het werk van Magistrates. Dat verklaart waarom het instituut al sinds de dertiende eeuw in ongewijzigde vorm bestaat. Er zijn geen klachten over het gebrek aan juridische expertise van deze lekenrechters. In dit type zaken gaat het er om de dader als lid van de gemeenschap op zijn gedrag aan te spreken en niet om allerlei juridische 'niceties' uit te vechten. Alle Magistrates krijgen overigens wel een korte basiscursus strafrecht en zij kunnen altijd terugvallen op de 'clerk', de griffier, die een gekwalificeerde jurist is.

### Het voorstel

De ervaringen met lekenrechtspraak in het buitenland zijn naar de mening van de Projectgroep reden om te streven naar invoering van lekenrechtspraak in het Nederlandse strafproces. Daarbij moet worden vastgesteld dat het kennelijk noch voor het strafproces als zodanig, noch voor de uitkomst ervan nodig is om de strafrechtspraak uitsluitend in de handen van juristen te leggen. Dat uitsluitend juristen de regie mogen voeren over het Nederlandse strafproces is niet een democratisch rechtsstatelijke eis, maar in de eerste plaats een kwestie van cultuur. De vaststelling en waardering van de feiten, de beantwoording van de schuldvraag, het vaststellen van de strafmaat en de motivering van het vonnis kunnen heel goed worden overgelaten aan niet-juristen. De participatie van relatieve buitenstaanders aan het strafproces is bij uitstek een methode om van buiten de bestaande organisatie en structuur van de strafrechtspleging te komen tot verbetering van het strafproces en van de communicatie door de rechterlijke macht met de samenleving.

Een pleidooi voor de invoering van lekenrechtspraak ligt gevoelig. In de rechtswetenschap zijn de meningen erover verdeeld. Het verdient daarbij aantekening dat de tegenstanders en sceptici zich met name beroepen op rechtsculturele argumenten.<sup>9</sup> Het is niet verwonderlijk dat ook bij de zittende magistra-

---

9 Zie de al eerder aangehaalde discussie in het Nederlands Juristenblad in 2002. Zie ook M.S. Groenhuijsen, Jury en andere vormen van lekenrechtspraak, in Delikt en Delinkwent, 2005, p. 831-841.

tuur weerstand tegen lekenrechtspraak bestaat. In een vraaggesprek met NRC Handelsblad in juni 2004 toonde de voorzitter van de Raad voor de Rechtspraak, Van Delden, zich gevoelig voor de argumenten die voor lekenrechtspraak pleiten, maar hij constateerde niettemin dat invoering ervan in Nederland zou leiden tot een 'rolberoerte'.<sup>10</sup> Daargelaten dat het ook hier een rechtscultureel argument betreft, is het de vraag of die verwachting juist is. Inmiddels vindt nadrukkelijk een publiek debat plaats over de kwaliteit van de rechtspraak en de noodzaak om het vertrouwen in de rechtspraak te vergroten. Dit debat kan en mag niet zonder antwoorden blijven. Goed benut kan dit debat juist het noodzakelijke momentum opleveren om de veranderingen in deze cultuur te brengen.<sup>11</sup>

De Projectgroep stelt voor om tot invoering van lekenrechtspraak over te gaan, door te beginnen met een aantal proefprojecten. Deze proefprojecten dienen met name te worden gebruikt om op basis van empirisch onderzoek vast te stellen of lekenrechtspraak in de context van het Nederlandse strafproces een cultuuromslag in de strafrechtspraak kan bewerkstelligen die bijdraagt aan het herstel van het vertrouwen in de strafrechtspraak. Na de evaluatie van deze proefprojecten kan de keuze worden gemaakt of lekenrechtspraak daadwerkelijk wordt ingevoerd, en zo ja, in welke variant. Bij de invoering van lekenrechtspraak dient zowel geleidelijkheid als zorgvuldigheid te worden betracht.

De zorgvuldigheid zal in de eerste plaats tot uitdrukking moeten komen in de selectie van lekenrechters. In Duitsland wordt de groslijst voor het lekenrechterschap opgesteld door de gemeente in samenspraak met maatschappelijke organisaties, zoals de kerken. De personen die zich op de groslijst bevinden worden vervolgens geselecteerd. Alleen diegenen die deze toets doorstaan komen uiteindelijk op de shortlist terecht. In Engeland worden diegenen tot Magistrates benoemd die wortels hebben in de lokale gemeenschap waarover zij jurisdictie krijgen. Zij worden veelal voorgedragen door maatschappelijke organisaties in het betrokken gebied. In beide stelsels worden alleen personen benoemd van wie de integriteit buiten kijf staat. Het spreekt vanzelf dat ook lekenrechters in Nederland van hoog moreel gehalte zullen dienen te zijn. Daarnaast moet worden voorzien in een passend systeem voor opleiding van de lekenrechters.

De geleidelijkheid zal tot uitdrukking moeten komen in de start met enkele proefprojecten met lekenrechtspraak. Het ligt daarbij voor de hand om eerst

---

10 NRC Handelsblad Editie van zaterdag 26 juni 2004, *Opinie & Debat*. Inmiddels is onder meer ook in opdracht van onder meer de Raad voor de Rechtspraak rechtsvergelijkend onderzoek verricht naar de rechtspleging. Zie *De rechtspraak internationaal bezien: Nederland & Denemarken vergeleken*. Rechtsreeks, 2005, nr. 1. Zie verder ook S.H.E. Janssen en M.T. Croes, *Niet-rechterlijke actoren in de Rechtspraak van Nederland, Denemarken en Duitsland*. Cahier 2005-18, WODC, Den Haag, 2005.

11 De minister van justitie heeft laten weten onderzoek te laten doen naar de mogelijkheden om burgers meer inzicht te geven in de strafrechtspraak. Hij heeft daarbij ook aangegeven te laten onderzoeken op welke wijze in ons omringende landen burgers worden betrokken bij de strafrechtspraak, zoals door middel van lekenrechters, en wat de invloed daarvan is op de waardering voor of het vertrouwen in de rechtspraak. TK 2005-2006, 30 300 VI, nr. 66, p. 2.

ervaring op te doen met het Duitse model, dat wil zeggen met gemengde kamers met daarin professionele en lekenrechters. In deze variant is de professionele rechter voorzitter van de kamer en verantwoordelijk voor de juridische aspecten van het strafproces. De twee lekenrechters zijn samen met de voorzitter verantwoordelijk voor de vaststelling en beoordeling van de feiten, voor beantwoording van de schuldvraag, voor de vaststelling van de strafmaat en voor de motivering van het vonnis. Als met deze methode positieve ervaringen zijn opgedaan, kan eventueel worden gekozen voor het uitvoeren van proefprojecten met het Engelse model.

### **Slotsom**

Rechtsvergelijkend onderzoek indiceert dat lekenrechtspraak kan bijdragen aan het noodzakelijke herstel van vertrouwen in de rechtspraak. Om te kunnen vaststellen dat lekenrechtspraak ook in Nederland die bijdrage aan het herstel van vertrouwen in de rechtspraak levert, dienen proefprojecten met lekenrechtspraak te worden opgezet. Het is dan ook niet nodig om nader rechtsvergelijkend onderzoek uit te voeren naar de toegevoegde waarde van lekenrechtspraak; die studies zijn al uitgevoerd. Het is nodig dat een start wordt gemaakt met het opzetten van bruikbare proefprojecten. De reeds uitgevoerde onderzoeken geven voldoende aanknopingspunten om één of meer modaliteiten van lekenrechtspraak uit te werken waarmee in proefprojecten kan worden geëxperimenteerd.

## Lekenrechtspraak: snelle oplossing voor onduidelijk probleem

Marijke Malsch

Maarten de Voogd brengt in zijn bijdrage voor de Forumpagina een duidelijke stelling naar voren: er moet gestreefd worden naar invoering van lekenrechtspraak in het Nederlandse strafproces. Daarom dienen er proefprojecten met lekenrechtspraak te worden opgezet. De Voogd onderbouwt deze stelling met een weergave van de literatuur en met een aantal uitspraken en veronderstellingen waarvan niet altijd duidelijk is waarop zij berusten. Dit maakt zijn conclusie dat tot lekenrechtspraak moet worden overgegaan weinig overtuigend. Anderzijds bevatten veel van de argumenten die hij aanhaalt zeker een kern van waarheid. Een discussie als die over lekenrechtspraak, waaraan De Voogd een bijdrage levert, speelt zich af tegen de achtergrond van politiek, mediaberichtgeving en de emoties die gepaard gaan met criminaliteit en de bestrijding daarvan. Gevolg van deze mix, door sommigen als *Penal Populism* betiteld (Roberts *et al.*, 2003), is dat snel naar oplossingen wordt gezocht voor onvoldoende grondig geanalyseerde problemen. Bovendien moeten die oplossingen goed in de publiciteit liggen. Het lijkt erop dat ook voorstellen voor lekenrechtspraak lijden onder dit euvel. In deze reactie wordt getracht aan te geven waar het betoog van De Voogd onderbouwing mist, en wat nodig is om het probleem van de afstand tussen rechtspraak en de samenleving te analyseren en daar oplossingen voor te vinden.

### Is er een probleem en zo ja, welk?

Zowel de inleiding op het artikel van De Voogd als het daaropvolgende stukje, gaan in op de als problematisch ervaren bestrijding van criminaliteit in Nederland. Achtereenvolgens passeren (ik parafraseer): het geringe aantal feiten dat tot een formele rechterlijke sanctie leidt, het omvangrijke deel van de bevolking dat criminaliteit als een groot maatschappelijk probleem ervaart, het grote aantal Nederlanders dat vindt dat de overheid te weinig doet aan de bestrijding van criminaliteit en dat aandringt op een krachtiger bestrijding van de criminaliteit, het geringe vertrouwen in de politie, de afstand van politie, justitie en de rechter tot de bevolking, de focus van de rechtspraak op de interne organisatie en op bureaucratische procedures, het zich afsluiten voor de samenleving, erosie van vertrouwen van de burger, wijze van rekrutering en het gebruik van de rechter-plaatsvervangers, prikkels van buitenaf dringen onvoldoende door in de rechterlijke macht, rechters zijn te weinig representant van de samenleving, onvoldoende gemotiveerde vonnissen, en nog zo wat.

Dit overzicht van problemen komt bekend voor: aan de meeste daarvan is in de media de afgelopen jaren veel aandacht besteed. Een aantal van deze problemen is niet tot Nederland beperkt: ook in andere landen gaat het vertrouwen in politie, justitie en de rechterlijke macht achteruit. En vrijwel overal wordt criminaliteit in toenemende mate als een probleem ervaren en is er kritiek op de instanties die zorg dragen voor de bestrijding ervan (Van der Meer, 2004). De wijze waarop deze problemen door De Voogd worden benoemd en opgesomd, doet vermoeden dat zij meer als aanleiding voor een standpuntbepaling worden gehanteerd dan als problemen die in hun onderling verband grondige analyse behoeven. Bovendien is uit zijn bijdrage niet aanstonds duidelijk hoe leken-rechtspraak zou kunnen bijdragen aan de oplossing van de meeste problemen die hij noemt.

### **Afstand tussen rechtspraak en samenleving**

Een deel van de problemen die De Voogd noemt is wel degelijk inherent aan de Nederlandse situatie. Hij noemt terecht de afstand tussen de professionele instanties en de burger, die immers in Nederland aanzienlijk is. Dat komt niet alléén omdat wij vrijwel geen lekendeelnemers aan de rechtspraak hebben. Er is een conglomeraat aan factoren aan te wijzen die bijdraagt aan de afstand tussen (onder meer) rechter en burger (Malsch & Nijboer, 1999). Genoemd moet hier worden het feit dat, binnen het strafrecht, het meeste onderzoek in een zaak wordt verricht vóór de zitting. Van dit onderzoek wordt in processen-verbaal en in rapporten verslag gedaan. Getuigen worden meestal uitsluitend in de voorfase verhoord en verschijnen niet ter zitting. Ook deskundigen rapporteren meestal vóór de zitting en hun rapporten worden toegevoegd aan het papieren dossier. Dit heeft allemaal ten gevolge dat de behandeling van strafzaken ter zitting beperkt blijft tot het in samenspraak met de verdachte doornemen van het dossier. Getuigen en deskundigen worden meestal niet nogmaals gehoord op de zitting.<sup>1</sup> De processen-verbaal zijn vaak in ambtelijke taal gesteld. Zelden zijn verhoren van verdachten en getuigen verbatim weergegeven in de processen-verbaal. Ook in vonnissen overheerst het juridisch-ambtelijk taalgebruik, waardoor zij meestal slecht leesbaar zijn voor niet-ingevoerdten (Malsch *et al.* 2004). Zittingen dreigen saai te worden omdat zij moeilijk zijn te volgen voor mensen die de achtergronden van de zaak niet kennen. Strafzittingen worden dan ook nauwelijks bezocht door mensen die *niet* betrokken zijn bij een zaak (Malsch & Nijboer, 2005). Er is kritiek op de mediaberichtgeving over de rechtspraak. Van hun kant hebben journalisten vaak het idee dat hun de verslaglegging over strafzaken wordt bemoeilijkt door de gerechten. Zij vinden dat zij onvoldoende informatie krijgen of zij ontvangen deze te laat (Malsch & Nijboer, 2005). Deze verschillende factoren dragen er aan bij er een stevige afstand lijkt te bestaan tussen samenleving en rechtspraak. Een afstand die groter is dan in de meeste ons omringende landen, waar er meer op de zitting gebeurt en waar leken een grotere inbreng hebben.

---

<sup>1</sup> Dit is overigens anders in geruchtmakende zaken: daar is de behandeling ter zitting aanzienlijk uitgebreider dan in de doorsnee zaken.



Anderzijds zijn er wel degelijk (Nederlandse) initiatieven in gang gezet die de rechtspraak 'opener' maken voor het publiek. De website Rechtspraak.nl levert een groeiend aanbod aan informatie over gerechten, procedures en, niet te vergeten, recente en ook oudere rechterlijke uitspraken die door iedereen kunnen worden geraadpleegd. Er is meer aandacht gekomen voor de wijze waarop juridische professionals procesdeelnemers bejegenen. De Voogd noemt het voorbeeld dat gewerkt wordt aan een verbeterde motivering van de straf-rechterlijke uitspraak. Er zijn nu regelmatig klantwaarderingsonderzoeken, die hoe beperkt misschien in hun opzet, licht werpen op hoe procesdeelnemers het optreden van de juridische professionals waarderen. Er worden tal van onderzoeken geïnitieerd door de Raad voor de rechtspraak die licht kunnen werpen op de verhouding tussen burger en rechtspraak. Het zou onjuist zijn om dit soort nieuwe ontwikkelingen te negeren. Maar feit blijft dat er een afstand is tussen rechter en publiek, die van invloed kan zijn op het vertrouwen in de rechtspraak en de legitimiteit ervan.

Punt van discussie hierbij is en blijft de verhouding tussen afstand en responsiviteit. In hoeverre moet de rechter openstaan voor de publieke opinie? Moet hij altijd afstand bewaren? Welke nevenfuncties dragen bij tot een betere kennis van de maatschappij, en welke brengen voornamelijk zijn onpartijdigheid in gevaar? De Voogd noemt in één ruk door de kritiek op de wijze van rekrutering van rechter-plaatsvervangers (deze kritiek was voornamelijk gericht op het risico van belangenverstrengeling, zie Ruijs, 2001) en de kritiek dat prikkels van buiten onvoldoende in de rechterlijke macht lijken door te dringen. Twee kanten van een medaille die onvoldoende van elkaar worden onderscheiden. Het hebben van nevenfuncties is immer belangrijk voor het contact met burgers en met de samenleving. Maar tegelijkertijd maakt dit de rechter vatbaar voor kritiek op zijn veronderstelde onbevangenheid. Dit punt van discussie speelt overigens niet alleen in Nederland; ook andere landen houden zich bezig met deze vraagstukken. Veel Nederlandse burgers blijken nog steeds een voorkeur te hebben voor een rechter die enige afstand bewaart tot de publieke opinie, en dus niet té responsief is (De Keijser & Elffers, 2004).

### **Ervaringen met lekenrechtspraak elders**

In zijn weergave van de lekenrechtspraak in Europa gaat De Voogd alleen in op het systeem van de gemengde kamer waarin zowel professionele als lekenrechters zitting hebben (te vinden in onder meer Duitsland en de Scandinavische landen), en op de Engelse Magistrates Courts. De jury, die toch in een aanzienlijk aantal landen ook in Europa nog te vinden is, blijft achterwege in het betoog. De effecten van lekendeelname die De Voogd noemt zijn plausibel: een betere wisselwerking tussen professionele rechter en burgers, meer begrip van de behandeling ter zitting, begrijpelijke vonnissen want de lekenrechters moeten het ook kunnen snappen en ondertekenen, en een groter begrip voor de strafrechtspleging. Minder plausibel is het argument dat het goedkoper zou zijn, althans de magistrates. In Nederland bestaat er nogal wat twijfel over het kostenbesparende karakter van inbreng van leken. En helemaal onnavolgbaar is De Voogds stelling dat er geen klachten zijn over het gebrek aan juridi-

sche expertise van de lekenrechters. Het onderzoek dat wordt verricht door het Nederlands Studiecentrum Criminaliteit en Rechtshandhaving (NSCR)<sup>2</sup> lijkt erop te duiden dat dit juist een stevig knelpunt vormt, tezamen met het ‘hogere-kosten argument’: doordat de lekenrechters geen juridische expertise hebben, is er veel tijd nodig om hen dingen uit te leggen en tijd is geld. Het lijkt erop dat veel van de argumenten die door De Voogd worden aangedragen om het voorstel voor experimenten met lekenrechters te ondersteunen, hetzij evengoed in een andere richting kunnen worden uitgelegd, hetzij enigszins lukraak zijn verzameld, zonder dat duidelijk is wat de context van de argumenten was.

### Voorstel

In het licht van het bovenstaande is het voorstel voor invoering van lekenrechtspraak in het Nederlandse strafproces dan ook te weinig onderbouwd. De Voogd stelt: ‘... dat het kennelijk noch voor het strafproces als zodanig, noch voor de uitkomst ervan nodig is om de strafrechtspraak uitsluitend in de handen van juristen te leggen. De vaststelling en waardering van de feiten, de beantwoording van de schuldvraag, het vaststellen van de strafmaat en de motivering van het vonnis kunnen (...) heel goed worden overgelaten aan niet-juristen.’ Het is onduidelijk waar deze bewering vandaan komt, zij valt in ieder geval niet af te leiden uit het voorgaande.

Moet daarom zijn betoog in zijn geheel worden afgewezen? Nee, absoluut niet. Het is van groot belang om de argumenten die zouden kunnen leiden tot een positief oordeel over lekenrechtspraak serieus te overwegen. Verschillende van die argumenten hebben immers substantie en zijn in kringen van de rechtspraak te lang genegeerd. Ik denk hierbij aan het argument dat de rechtspraak te weinig begrijpelijk en toegankelijk is voor gewone burgers, waardoor hen participatiemogelijkheden worden onthouden. Of aan het argument dat de behandeling ter zitting in de meeste zaken te snel en te weinig grondig dreigt te worden, en dat dit tot kwaliteitsverlies kan leiden. Maar ook overigens zijn er andere methoden om dit type problemen op te lossen zonder dat direct hoeft te worden overgegaan tot invoering van lekenrechtspraak. Vormen van lekenrechtspraak moeten in hun nationale context worden beschouwd, en er moet zorgvuldig worden nagedacht over mogelijke overplaatsing in een andere context. Daarbij moet rekening worden gehouden met rechtsculturele aspecten (zoals De Voogd ook stelt) en met historisch gegroeide procedures. Bovendien is zorgvuldig empirisch onderzoek nodig naar hoe lekeninbreng in de praktijk *werkt*, hoe die wordt ervaren en wat die toevoegt aan de rechtspraak. Pas dan kunnen er zinniger uitspraken gedaan worden over de wenselijkheid van introductie van lekenrechtspraak in Nederland.

---

2 In dit onderzoek worden professionele rechters en lekenrechters in zes Europese landen geïnterviewd over hun ervaringen met lekenrechtspraak. Daarnaast wordt een overzicht gemaakt van vormen van inbreng van leken in de rechtspraak in zestien landen. De eindrapportage over dit onderzoek wordt in de eerste helft van 2007 verwacht.

### Literatuur

- KEIJSER, J.W. DE & ELFFERS, H. (red.)(2004). Het maatschappelijk oordeel van de strafrechter: de wisselwerking tussen rechter en samenleving. Den Haag: Boom Juridische uitgevers.
- MALSCH, M. & NIJBOER, J.F. (eds.)(1999). *Complex cases: perspectives on the Netherlands criminal justice system*. Amsterdam: Thela Thesis.
- MALSCH, M. (2003). De leek als rechter en de rechter als leek. *Justitiële Verkenningen*, 1, 47-61.
- MALSCH, M. & J.F. NIJBOER (2005). *De zichtbaarheid van het recht. Openbaarheid van de strafrechtspleging*. Deventer: Kluwer.
- MALSCH, M., POOT, C.J. de, VERKUYLEN, M.W. & WOLTERS, G. (2004). Hoe helder is de rechter? Leesbaarheid en begrijpelijkheid van strafrechtelijke vonnissen. *Nederlands Juristenblad*, 22, 1112-1118.
- MEER, T, van der (2004). Vertrouwen in de rechtspraak: empirische bevindingen. *Rechtstreeks*, 1, 9-55.
- ROBERTS, J.V., L.J. STALANS, D. INDEMAR & M. HOUGH (2003). *Penal populism and public opinion: lessons from five countries*. Oxford: Oxford University Press.
- RUIJS, P. (2001). *Wij zien u wel in de rechtszaal. Klassenjustitie in Nederland?* Soesterberg: Aspekt.



## **RECENSIES & SIGNALERINGEN**



## Rechtseconomie van privaatrechtelijke aansprakelijkheid

André Hoekema

Bespreking van: Louis Theodoor Visscher, *Een rechtseconomische analyse van het Nederlandse onrechtmatigedaadsrecht*, proefschrift Erasmus Universiteit Rotterdam, november 2005, ISBN 10 90-9019864-4 en ISBN-13 978-90-9019864-4.

Verbluft en wat opgewonden bestudeerde ik de ruim 300 bladzijden tekst van de dissertatie van Visscher over een onderwerp, ontwikkelingen in het Nederlandse recht van de onrechtmatige daad, dat ik vele jaren geleden ook stevig aanpakte.<sup>1</sup> Schadevergoedingsrecht is weliswaar ruimer dan aansprakelijkheidsrecht (ook bijvoorbeeld de sociale verzekeringen, regeling van rampschade, allerhande publiekrechtelijke regelingen en prestaties vallen er onder), maar een harde kern ervan wordt gevormd door het recht van de onrechtmatige daad, onder het oude BW het '1401 recht' genoemd, nu onder allerhande nieuwe nummers bekend (6: 162 BW en andere).

Deze keer, in Visschers boek, gaat het niet om rechtssociologische kanttekeningen, maar rechtseconomische, en ook niet om 'ontwikkelingen' (ik zelf profeteerde toen toenemende risicocollectivering) maar om een momentanalyse van de huidige structuur van het recht van de onrechtmatige daad. Dit is een analyse strikt in termen van het doel om het aantal schadetoebrengende handelingen te verminderen en de kosten van afwikkeling van de eventuele onrechtmatige schadetoebrenging zo te verdelen dat de gedragstechnisch gezien effectiefste prikkels tot zorgvuldigheid bij de meest gerede partij komen te vallen. Zo'n geprikkelde partij zou dan effectief aangezet worden om schade te verminderen, voorzorgsmaatregelen te treffen enz. Kostenreductie is een centraal doel: reductie van primaire kosten (preventie, onder ongevallen enz.), van secundaire kosten (wie draagt de schade, wanneer alle schade door een zwakke individu vergoed moet worden, stopt die persoon allicht maatschappelijk goede activiteiten, dat ware te voorkomen, dus liever de schade(compensatie) alsdan over vele schouders spreiden – verrassende doorkijk naar 'mijn' risicocollectivering), en van tertiaire kosten: wat kost het om die preventie en die verdelende afwikkeling van toegebrachte schades te realiseren, 'systeemkosten'? Dit is vooral ontleend aan Calabresi (blz. 26-27). Preventie en schadespreiding zijn dus de hoofddoelen die Visscher als uitgangspunt neemt, en een vorm en toede-

---

<sup>1</sup> Hiervan heb ik verslag gedaan in 'Rechtssociologische aantekeningen bij het schadevergoedingsrecht', Boekenreeks NJB 6, *Schade lijden en schade dragen, is het zelf dragen van geleden schade in een sociale rechtsstaat regel of uitzondering?*, Tjeenk Willink, Zwolle 1980.

ling van compensatie is het middel daartoe. Aansprakelijkheid zonder te verwachten gedragsverandering die daaruit resulteert, is zinloos schrijft Visscher op pagina 80. Aansprakelijkheid die aan 'het rechtsgevoel' appelleert dan wel pacificerende effecten in de samenleving zou hebben (blz. 14, 'appeasement'), daar gaat dit boek dus niet over, tenzij die pacificerende uitwerking operationeel gedefinieerd kan worden als effect van preventiewerking en niets meer/niets anders: quod non.

### Rechtseconomische pretenties

Het recht van de onrechtmatige daad wordt dus strikt en, naar mij is gebleken, heel consequent bekeken vanuit deze typisch rechtseconomische doelstelling. Dat beide wetenschappen hoewel verenigd in het tijdschrift *Recht der Werkelijkheid* geheel naast elkaar leven blijkt uit het feit dat praktisch geen enkele rechtssociologische publicatie over het aansprakelijkheidsrecht en veranderingen erin, in dit boek is verwerkt, met uitzondering van enkele heel algemene werken zoals Atyah en werk van dogmatische juristen met een wat realistische inslag. Verder ontbreekt Wertheim natuurlijk niet, die al in de jaren 1930 zijn verbazingwekkende entree maakte in 'de sociaalwetenschappelijke bestudering van het recht'.

Deze verkokering in onze RdW disciplines is des te vreemder omdat, zoals velen waarnemen, de rechtseconomie heden ten dage dezelfde plaats lijkt te gaan en willen innemen die de vroege rechtssociologie jaren geleden, zeg rond 1965, is gaan innemen (voor een periode van een jaar of tien, hooguit). Ik doel op de nogal forse pretenties dat empirisch onderzoek, mits strikt gerelateerd aan plausibele doelen van het recht, in staat zou zijn niet alleen aan de rechtsdogmatiek en de rechtspraktijk wijze lessen te geven (op basis van empirische overwegingen over gedragseffecten, Visscher noemt dit 'een positieve analyse' blz. 2), maar vooral méér: de dogmatiek nieuwe paden te wijzen of misschien zelfs wel een beetje overbodig te maken (dat is wat de auteur de 'normatieve' analyse binnen de rechtseconomie noemt, blz 2).

Kortom, de pretentie, althans wat de maatschappelijke werking van recht betreft, nauwkeurig te kunnen zeggen welk soort recht naar inhoud of vorm welke effecten teweeg zou brengen, met als pointe: juristen, kiest u maar, maar weet wat u doet. Dit machokarakter heeft trouwens ook de rechtspsychologie gekend, en eigenlijk vind ik de publicaties uit die hoek nog steeds tamelijk zelfverzekerd. Dat is nu precies ook met de rechtseconomie het geval. Dezelfde aanpak, zo lijkt het, namelijk meten van het recht en de begripsonderscheidingen (met rechtsgevolgen) aan 'de doelen' ervan, en vrij harde taal en pretenties. Op de eerste bladzijde brandt de auteur al los: de rechtsdogmatici komen met verschillende analyses van de elementen van het recht van de onrechtmatige daad en van de rechtsgrond van diverse varianten op het stelsel, dat is dus een rommeltje, maar 'de rechtseconomie (is) wel in staat een systematisch analysekader te bieden (dat is opgebouwd op basis van een aantal veronderstellingen betreffende menselijk gedrag en de doelstellingen van het recht).' Op de achterflap: 'het systematisch analysekader van de rechtseconomie maakt het mogelijk



het welles-nietes karakter van het beroep op gezaghebbende auteurs en rechterlijke uitspraken te ontstijgen....'. Deze pretentie mag er zijn.

En dan 'de' doelen van het recht, zulke woorden zouden bij mij nooit uit de pen komen. Hij haalt er een stel aan, en dat zijn ook belangrijke doelen, maar hij negeert de (vele) andere die men kan onderscheiden. Dat de uitgekozen doelen zonder discussie geacht worden operationeel te maken te zijn, dus eenduidige vingerwijzingen geven over welke standen van zaken in de samenleving positief of negatief scoren onder dat doel, is ook een stap die niet vanzelf spreekt. Dat, verder, de rechtseconomie uitgaat van 'een aantal veronderstellingen betreffende menselijk gedrag' is natuurlijk niet vreemd, dat doet de rechts-sociologie ook, al is het waar dat, zoals ook in deze studie, de rechtseconomische veronderstellingen zeer toegespitst en beperkt zijn tot de rationeel afwegende en kiezende individu die handelt overeenkomstig de eigen voorkeuren. Mede daarom maakt deze aanpak altijd een meer dogmatische indruk dan die van de zusterwetenschap die zich interesseert voor de meest uiteenlopende 'krachten' vanaf het niveau van een mogelijk collectief bewustzijn, via de 'boven de hoofden van mensen werkende' instituties, via mesofenomenen als patronen van samen- en tegenwerking in organisaties, tot en met inderdaad ook individueel keuzegedrag.

### Redeneerwijze

Deze boutade neemt niet weg dat Visscher voor zover ik dat kan beoordelen, een bijzonder grote kennis heeft van de ongehoord wijde en complexe juridische discussies rond de onrechtmatige daad en zijn elementen. Denk alleen maar aan de eeuwige strijd om het schuldbegrip, het risico-element, de causaliteit en de toerekening, het ene betoog is vaak nog subtieler dan het andere. Al die betogen brengt Visscher telkens kort en krachtig tezamen, wat ik een bijzondere prestatie vind. Maar wat doet hij er mee? Dat moest ik maar eens laten zien, want hoe hij concludeert is een fantastisch schouwspel. De auteurs schuwt niet om even kort, krachtig en apodictisch te concluderen als de rechtsdogmatici zelf doen. Neem blz. 57 waar ik onder 'Conclusie' lees: 'De rechtsinbreuk heeft bestaansrecht als zelfstandige onrechtmatigheidscategorie. De leer van Smits wordt derhalve verworpen'. Nou, daar ga je, Van Dunné, denk ik dan, om van Smits maar te zwijgen. Wat is er nu gebeurd, hoe komt het tot deze stellige conclusie in op zichzelf nogal mysterieuze woorden? Niet moeilijk te vinden, want gelukkig is een andere verdienste van het boek dat werk- en redeneerwijze telkens heel duidelijk worden aangegeven. Al staat het op deze blz 57 niet herhaald, Visscher wijst er in het begin duidelijk op dat hij geen dogmatische conclusies bedoelt, maar dat hij bepaalde elementen van het onrechtmatige daadsrecht, zoals de categorie 'inbreuk op iemands recht' (als grondslag voor het kwalificeren van gedrag dat schade gaf, als onrechtmatig) toetst op het nut ervan voor het bovengenoemde hoofddoel.

Omdat speciaal deze categorie binnen de rechtsdogmatiek een stiefkindje is en heftig omstreden, kan ik goed Visschers aanpak via deze 'casus' illustreren. Wat betekent het eigenlijk om een inbreuk op iemands recht een zelfstandige onrechtmatigheidscategorie te noemen? Het betekent dat het constateren (beter:

beredeneren, te constateren valt er niets) van een dergelijke inbreuk op zich voldoende is om van onrechtmatigheid te spreken. Het is niet nodig daarna nog te toetsen of het handelen ‘onzorgvuldig’ genoemd moet worden (wat Smits juist wel wil). Men zegt wel dat sinds de glorieuze opkomst van de maatschappelijke (on)zorgvuldigheid in 1919 zo’n specifiek verhaal over inbreuk op iemands subjectieve recht niet meer nodig is. Laten we kijken. Over welk handelen dat schade veroorzaakt hebben we het? Hier stuit ik op een wat hinderlijk aspect van Visschers methode. Hij redeneert en deduceert nogal vaak in abstracto, ik bedoel daarmee dat hij weinig moeite doet om een ‘plaatje’ er bij te geven: wat voor situatie moeten we ons voorstellen, wat is er aan de hand wanneer iemand ‘inbreuk maakt op iemands recht’ zoals dat in dit dogmatische element blijkbaar bedoeld is.

Eerst namelijk geeft de auteur een korte, puur abstracte uiteenzetting over de rechtsgeleerde discussie over de vraag of deze categorie een eigen bestaansreden heeft. Weliswaar blijkt hoe goed Visscher de literatuur kent, maar zijn manier van presenteren doet die juridische discussie voorkomen als een warrige reeks van elkaar hopeloos tegensprekende en ook nog pedante meningen. Een casus, een treffende uitleg om welk handelen het eigenlijk gaat en waarom iedereen zo opgewonden doet, staat daar niet. Maar Visscher herstelt zich, want na zo’n algemene weergave van de juridische discussie komt hij ter zake en confronteert hij met name de jurisprudentie met zijn rechtseconomische theorie of model. Dat is weer erg mooi, namelijk hoe feitelijke rechtspraak kritisch wordt doorgelicht, des te meer omdat in die rechtspraak zelf en in de commentaren erop, regelmatig amateur rechtseconomen aan het woord zijn, zoals Hartlief (noot 122 op blz. 70). Deze beunhazerij wordt doeltreffend aan de kaak gesteld. In deze toepassing van zijn model begint de auteur wel degelijk met een casus, namelijk het leveren door een gemeentebedrijf van gas en elektra op basis van een leveringscontract met krakers in een pand dat aan de heer X toebehoort, die geen toestemming gaf tot het gebruik van in zijn huis lopende leidingen. De gemeente pleegt een onrechtmatige daad, aangezien zij inbreuk maakt op het eigendomsrecht van de heer X. Ziehier, een inbreuk op een subjectief recht. Het Hof Den Bosch is het met X eens. De Hoge Raad niet. Of hier van ‘inbreuk op eigendomsrecht’ sprake is kan ‘niet worden beoordeeld los van de vraag of de gemeente door de voortzetting van de voormelde levering jegens de heer X onzorgvuldig handelde’. Dus toch een andere toets, namelijk aan onzorgvuldigheid? Tja, nu moet de auteur zelf het arrest juridisch gaan interpreteren en ook daarvoor schrikt hij niet terug. De HR zegt niet dat naast rechtsinbreuk ook maatschappelijke onzorgvuldigheid vereist is voor onrechtmatigheid, maar dat je pas kunt stellen ‘er is rechtsinbreuk’ als je voortgezette levering jegens X onzorgvuldig vindt. Niet elk gebruik van de leidingen is onder de gegeven omstandigheden dus onrechtmatig. En dan komt een cruciale overweging die goed Visschers werkwijze laat zien. Welk gebruik is wel onrechtmatig? ‘Volgens annotator Brunner alleen het gebruik dat de rechthebbende beperkt in zijn eigen gebruiksmogelijkheden of hem deze geheel ontnemt’. Visscher: ‘dit komt overeen met de rechtseconomische benadering omdat dit gedrag kan worden gekwalificeerd als het ‘afpakken van zaken’. In die gevallen

hebben namelijk zogenaamde *property rules* de voorkeur en is het gedrag zonder meer onrechtmatig. Ik leg dit hieronder uit.

Mooi, een complete deductie. Afpakken van zaken is een wat onhandige, maar op blz. 44 goed uitlegde term voor het uitoefenen van bevoegdheden die exclusief aan de rechthebbende toekomen. In zulke omstandigheden, zo had Visscher al beredeneerd in de tussenliggende rechtseconomische verhandeling, dient de keuze voor een onrechtmatigheidregime te vallen op een bepaalde soort regime, dat hij '*property rules*' noemt.

Visscher komt tot deze slotsom op basis van een schema van drie soorten bescherming van rechten ofwel aanspraken (*entitlements* zeggen Calabresi en Melamed aan wie Visscher dit ontleent). Van elk type kan worden betoogd onder welke maatschappelijke omstandigheden het het beste werkt, gemeten dus aan de doelen van preventie en een zodanig verdeling van eventuele schadekosten dat maatschappelijke schade het kleinste is. Daarover nog tussendoor dit: terecht wijst Visscher er op dat vele individuen, handelend zoals ze doen, wel de mogelijke opbrengsten en kosten afwegen die in de toevallige constellatie van de rechtsorde bij hen zelf komen, maar niet de kosten voor anderen of de samenleving als geheel, indien die niet juridisch naar hem zijn gekanaliseerd. Kortom, het bekende punt van de vervuiler die niet betaalt voor de maatschappelijke ellende (externe kosten). Technisch moeten dan deze externe kosten geïnternaliseerd worden, ofwel gekanaliseerd naar datzelfde afwegende individu. Alsdan kan worden aangenomen dat op den duur zoiets als het nut van een activiteit opweegt tegen de totale kosten die het veroorzaakt. Het gaat om maximalisering van de maatschappelijke welvaart, oftewel 'de mate waarin de behoeften van alle leden van de gemeenschap kunnen worden bevredigd' (blz. 20). Als ieder beter af is (geacht kan worden beter af te zijn, gezien hun gedrag), is een goede situatie bereikt (welvaartsverhogend). De rechtseconomen gaan er vanuit dat deze marktachtige, individuele afwegingen mits de prikkels goed zijn gearrangeerd, de maatschappelijke welvaart het beste dient (Visscher noemt ook andere via recht te realiseren methoden van gedragsbeïnvloeding, die echter buiten het bestek van deze studie vallen). De individuele basis voor een uiteindelijk maatschappelijk gunstige opbrengst wordt goed verwoord op blz. 68: een rationele laedens (schadetoebrenger, ajh) zal dus niet minder dan de vereiste zorg hanteren, want te veel zorg geeft kosten en levert niets op, en te weinig zorg leidt tot een hogere rekening om de veroorzaakte schade te betalen. Automatisch kiest men voor die afweging dat de som van zorgkosten en de verwachte schade het kleinste is (minimaal). De informatiegraad en het niveau van kennis der empirische wetenschappen die betrokkenen hebben zijn klaarblijkelijk heel hoog. Treffend voor de redeneertrant is ook Visschers analyse van een geval geput uit het leerstuk van de relativiteit van de onrechtmatige daad. Niet alle overtreding van regels en regeltjes 'moeten', zeggen juristen, leiden tot plicht tot compensatie vanwege 'onrechtmatig handelen'. Wie altijd een bloemetje koopt op de hoek en een keer in een nevenstraat bloemetjes steelt uit iemands tuin, pleegt weliswaar een onrechtmatige daad jegens de tuinbezitter, maar niet, zo is de leer, tegen de koopman die omzetverlies lijdt (voorbeeld van Van der Grinten). Tot zover de rechtsleer. Nu de rechtseconomie. Visscher merkt op dat het goed is dat hier geen compensatie

aan de koopman toekomt, want ‘de omzet van de bloemverkoper (...) wordt gecompenseerd door de besparing van de dief’. Er is hier sprake van herverdeling van welvaart maar er is geen ‘maatschappelijke schade’ (blz. 284).

### Beschermingsregimes

Nu dan het schema van drie beschermingsconstructies van Calabresi en Melamed. Dit schema is gebouwd op de aanname dat reeds is vastgelegd (via wetgeving e.d.) wat voorwerp van aanspraken of rechten is, wat rechtens beschermde belangen zijn. Er is dus al een ‘primaire’ toedeling van rechten. Maar hoe moeten of kunnen rechten nu worden beschermd volgens Calabresi en Melamed? De drie typen beschermingsconstructies zijn *property rules*, *liability rules* en *non-alienability rules*. Ik houd het maar op de Engelse termen omdat een vertaling van deze rechtseconomische begrippen naar de standaard juridische begrippen in elk geval verkeerde suggesties zou wekken.

*Property rules* houden in dat het recht niet buiten de wil van de rechthebbende kan overgaan. Het is verboden om de aanspraak (het recht) af te pakken zonder toestemming van de eigenaar en dus wordt de wegnemer ook geen eigenaar. Wie de zaak waar het om gaat wil ‘hebben’, moet onderhandelen, zoals wanneer iemand andermans huis wil kopen. De vrijheid van onderhandelen waarborgt, in deze optiek, een optimaal resultaat. De verkoper verkoopt pas als hij een bevredigende som krijgt, terwijl de koper pas koopt als hij het huis de te betalen som waard vindt. Beide zijn goed, zo niet beter af. Langs deze weg kan ook rekening gehouden worden met de sterk persoonlijke waardering die bij de huisbezitter een rol kan spelen. Hij vraagt dan gewoon een hogere prijs. We hebben het dus over ‘wegpakken van zaken’ (juridisch wel eens ‘directe inbreuk’). Hiertoe wordt ook gerekend het geval dat iemand andermans nuttig gebruik van bijvoorbeeld een boomgaard die hij bezit, onmogelijk maakt zoals in de bekende zaak van de eigenaar van een vuilstortplaats (Vermeulen) die vanwege de vele foeragerende vogels feitelijk de boomgaard van de buurman Lekkerkerker waardeloos maakt. In zulke wegpak-gevallen is een *property rule* beter<sup>2</sup> dan type 2, de *liability rules*. We gaan dat zien. Maar eerst die tweede groep.

In dit type 2, de *liability rules*, ‘mag’ iemand de aanspraak/het recht wegnemen (dat recht wordt dan ‘overgedragen’, natuurlijk niet in juridisch opzicht), mits achteraf compensatie betaald wordt, en wel objectieve compensatie te bepalen door een rechter. Typisch doet zich dit voor bij een ondernemer met een vervuilende fabriek die het recht op schone lucht van omwonenden ‘overneemt’ maar daarvoor dan schadevergoeding wegens onrechtmatige daad moet betalen. In dit geval is de handeling in rechte niet te verbieden zoals wel het geval is bij een *property rule*, en dat is maar (economisch) goed ook, want

---

2 Ik ga niet in op nog een verdere complicatie nl. dat een vrije onderhandeling hoewel de wederzijdse waarderingen op het nut van een transactie wijzen toch tot niets leiden namelijk wanneer contacten tussen verkoper en koper moeilijk liggen of er andere belemmeringen bestaan die de transactiekosten opjagen. Dit is dan weer een economisch minpunt op de property rule methode. (zie blz. 39).

mogelijk doet die onderneming maatschappelijk heel nuttig werk. Zolang dit nut opweegt tegen de te vergoeden schade is dit een gezonde constellatie. ‘De activiteit kan blijvend worden uitgeoefend, mits de waarde ervan groter is dan de veroorzaakte schade’ (blz. 41).

Vergelijking tussen de twee typen bescherming leert dat de crux zit in het verbod om zonder toestemming van een rechthebbende een recht/aanspraak ‘af te pakken’ of ‘over te nemen’. Interessant is de economische complicatie die nu optreedt bij bijvoorbeeld eigendom van huizen. De verbodsregel is een algemene regel, verbod is verbod. Dus is het wegnemen van de aanspraak op het (gebruik van het) huis ook dan verboden, wanneer de potentiële koper het recht (de aanspraak) hoger waardeert dan de huidige bezitter. Dan zou het tóch mogen ‘wegnemen’ en dan achteraf een objectief vast te stellen vergoeding uitbetalen tot een beter welvaartsresultaat leiden (de gemeenschappelijke welvaart wordt verhoogd, blz. 45). Dus rechtseconomisch zou dit goed zijn. Ik moest even nadenken welke situatie we hier hebben, want weer blijft dit gesteld in abstracto. Blijkbaar gaat het om iemand die hoewel hij een in zijn ogen schitterend aanbod krijgt voor zijn huis toch niet wil verkopen. Maar dan zal toch ‘de gevoelswaarde’ hoog zijn, dus blijkbaar hecht hij een veel grotere dan objectieve waarde aan het bezit van dit huis zoals de nakomeling van de oude familie die het wrakke familiepand niet aan een projectontwikkelaar wil verkopen. Of misschien gaat het om het geval dat het huis leeg staat en de eigenaar met de noorderzon is vertrokken en geacht kan worden weinig waarde eraan te hechten. Om welke situatie het ook gaat, Visscher houdt hier vast aan de algemene verbodsregel omdat daarmee vrijwillige transacties (en onderhandelingen) worden uitgelokt en dat werkt over het algemeen welvaartsverhogend. Deze overweging is zo ongeveer het hart van deze rechtseconomische benadering. Bovendien kan bij onderhandelingen beter rekening gehouden worden (dan een rechter doet) met de persoonlijk-subjectieve waarde die objecten hebben voor de rechthebbende. En *last but not least* is de algemene regel wenselijk omdat het ‘over het algemeen (...) wenselijk (is) dat een zaak bij de eigenaar blijft omdat deze een hogere gevoelswaarde aan de zaak hecht dan een ander, daarom heeft hij de zaak gekocht...’ (blz. 44). Kennelijk wordt uitgegaan van de bestaande maatschappelijke goederenverdeling, althans de verdeling van rechtens beschermde aanspraken, en wordt niet getoed over de scheefheid ervan, wat ook expliciet wordt gemeld op blz. 21. Andere mechanismen, zo zegt Visscher met reden, richten zich op de herverdeling van de welvaart (fiscus bijvoorbeeld) en we doen goed het recht van de onrechtmatige daad hier niet mee te belasten.

Voordat ik dit betoog en mijn weergave ervan afrond, noem ik kort de derde regel om aanspraken te beschermen. Dit zijn de *non-alienability rules*. Hierbij mag totaal geen overdracht (vervreemding) van het recht plaatsvinden, zoals in het geval van persoonlijkheidsrechten (niemand mag en kan zichzelf als slaaf verkopen, om een oubollig voorbeeld te geven. Visscher geeft – zoals helaas vaker – geen voorbeeld).

Wat is nu de onderscheidenlijke bijdrage van deze regimes, vooral de eerste twee, aan economische doelstellingen? Neem het voorbeeld van de fabrikant en de vuile lucht. Hier is sprake van hoge transactiekosten, want als fabrikant ken

je al die schadelijders niet, je kunt ze niet gemakkelijk bundelen tot een gedisciplineerde groep belanghebbenden enz. Stel nu eens dat het recht op schone lucht beschermd was door een *property rule*. Het afkopen van al die rechten op schone lucht door een potentiële vervuiler zou enorm veel tijd en moeite kosten, waarmee eventueel nuttige activiteit niet zou worden gestart en er bovendien verspilling optreedt. In een regime van *liability rules* gaat dit beter: de fabriek start gewoon en de rechter kan belangen afwegen, via de maatschappelijke (on)zorgvuldigheidsformule. De verontreiniging is pas schade(vergoedings)plichtig als de fabrikant onzorgvuldig handelde, dus te weinig voorzorgsmaatregelen nam. Zo'n afweging tussen kosten en baten van preventieve maatregelen is typisch wat er gebeurt, en rechtseconomisch gezien ook moet gebeuren, wanneer getoetst wordt aan de onzorgvuldigheidsnorm (blz. 46).

Omdat we bij zo'n luchtverontreiniging spreken over indirecte schade, ook wel (schadelijke) externe effecten geheten, is de volgende 'vuistregel' op te stellen: in geval van schadelijke externe effecten en hoge transactiekosten is het beter om een *liability rule* in te zetten en geen *property rule* en dus aan de rechter een afwegingstaak toe te delen in termen van (on)zorgvuldigheid.

Dat tot slot laat de vraag open hoe het zit met zulke externe effecten bij *lage* transactiekosten? Bijvoorbeeld als de buurman de vuilstort exploiteert die jouw boomgaard waardeloos maakt (via de invliegende vogels die de kersen opeten). Hier gaat het maar om twee partijen en die kunnen prima samen onderhandelen over wat het de één waard is zijn bomen te exploiteren en de ander zijn stort. Daar komt aan beide zijden een waardering uit en eventueel een transactie, die, vanwege het vrijwillig karakter van de onderhandeling, per definitie de algemene welvaart verhoogt. (De boomgaardenier koopt de ander uit, of de vuilstorter vergoedt de bomenschade). Kortom: dan is een *property rule* weer beter.

Zo passeren er nog heel wat specifieke situaties de revue maar ik moet deze toch al lange illustratie afronden, en dat doe ik via het net gegeven voorbeeld. Visscher schrijft na aldus de casus van de stortplaats en de boomgaard te hebben geanalyseerd: 'Deze voorkeur voor *property rules* brengt met zich mee dat een handeling die inbreuk maakt op het recht van Lekkerkerker (de boomgaardenier, ajh) per definitie als onrechtmatig moet worden gezien omdat Vermeulen (stortplaatsbaas, ajh) had moeten onderhandelen met Lekkerkerker over het maken van een inbreuk.' (blz. 52). 'Er is geen andere toetsing aan de zorgvuldigheidsnorm nodig omdat we al weten dat het gedrag van de laedens (schade-toebrenger, ajh) onwenselijk is' (p. 45). Vandaar dat inbreuk op iemands (subjectief) recht het verdient om een aparte plaats te behouden in het recht van de onrechtmatige daad.

### Overige bestanddelen

Ik hoop hiermee de redeneertrant van de schrijver te hebben weergegeven. En dit gaat nog maar om een klein fragment van deze studie. Strak en deductief worden met behulp hiervan casus en Nederlandse jurisprudentie doorgenomen op de rechtseconomisch goede en verkeerde elementen. Ten overvloede wellicht: wanneer geconcludeerd wordt dat 'de rechtsinbreuk bestaansrecht heeft

als zelfstandige onrechtmatigheidscategorie' en 'de leer van Smits moet worden verworpen' is dit geen rechtsdogmatische conclusie over het systeem van de gronden voor onrechtmatigheid, maar eentje die zegt dat er maatschappelijke constellaties bestaan waarbinnen het zonder voorafgaande toestemming van de eigenaar 'wegnemen' van iemands (rechtens geldige) aanspraak eo ipso, zonder meer, verboden moet worden uit rechtseconomisch opzicht, en derhalve onrechtmatig is. Want dan, en dan alleen draagt het systeem bij aan maximalisering van welvaart.

Inderdaad schemert er nu door, vind ik, hoe Visscher kon en kan menen dat in zijn benadering veel beter dan in de juridische een zekere mate van systematisch kader kan worden gecreëerd om vragen van vormgeving aan onrechtmatige daadsrecht c.q. vragen uit de jurisprudentie te beantwoorden. Zeker als we bedenken dat hij op deze detailrijke manier alle denkbare juridisch hoog opgespeelde en lang uitgesponnen beschouwingen langs gaat. Naast de boven als voorbeeld genoemde grond voor onrechtmatigheid die de inbreuk op iemands recht is, behandelt hij natuurlijk ook het doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht, en de strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid (hoofdstuk 3), waarna 66 bladzijden gewijd worden aan toerekenbaarheid, fout en risico (de kwestie van de schuld en de twee categorieën van foutaansprakelijkheid en risicoaansprakelijkheid). Na dit hoofdstuk 4 komt dan nog hoofdstuk 5 over de verschillende schades die al of niet vergoed plegen c.q. moeten worden, zoals vermogensschade, smartengeld, shockschade, en over de kwestie van het causaal verband en over de eigen schuld, om dan af te ronden in een hoofdstuk 6 over 'relativiteit'.

Een wat mager hoofdstukje 7 ('empirisch onderzoek') is de afronding. Daarin worden o.a. enkele brede statistische studies behandeld waarin gepoogd wordt uit te vinden of bijvoorbeeld de invoering van risicoaansprakelijkheid voor, zeg, gevaarlijke producten, vergeleken met een (vergelijkbaar!) land of 'zelfde soort samenleving' zonder deze voorziening, met minder ongevallen samenhangt. Indertijd heb ik heel wat van die studies doorgeploegd en gemerkt dat je er weinig lijn in ziet. Ongeveer ditzelfde zegt Visscher ook.

Ik verheel niet dat ik moest wennen aan deze deductieve benadering maar ik merk ook dat Visscher licht weet te werpen op dogmatische knopen. Zijn verhandeling over foutaansprakelijkheid en risicoaansprakelijkheid, heeft mij geholpen om het aanmerkelijke verschil tussen beide typen te zien, uiteraard weer onder rechtseconomisch opzicht. Rechtsdogmatisch is het verschil altijd als groot voorgesteld maar daar kijk ik niet van op, omdat dit samenhangt met 'het systeem' ('in beginsel' een schuldverweer kunnen voeren is juridisch gezien iets heel anders dan de 'totale' risicoaansprakelijkheid), maar in mijn rechtssociologische verhandelingen neigde ik ertoe de twee over een kam te scheren omdat in beide typen praktisch gezien de situatie zo is dat, gegeven de onrechtmatigheid van de daad en de schade, de dader vrijwel zeker aansprakelijk is en dus in beide gevallen via de achterliggende verzekering sprake is van risicocollectivering. Zo zie ik het trouwens nog. Maar ik geef toe dat de benadering van Visscher een belangrijke nuance aanbrengt.

## Integratie

Ik kan nu wel aankomen met mijn vrij hecht gevestigde ongelooft in de pretenaties van een empirische wetenschap om behoorlijk scherp te verwachten gedragseffecten van bepaalde rechtsregimes te kunnen vaststellen. En ik kan vervolgens wel gaan beweren dat zowel de rechtsgeleerdheid als de sociale wetenschappen een en hetzelfde verhaal, over de juiste normatieve ordening van de samenleving, vertellen, zij het vanuit verschillende vertrekpunt. Maar dan schiet ik toch wel erg langs deze studie heen. Ik moet er dus nog eens op wijzen dat Visscher heel wat verwarde debatten in beginsel zuivert van beunhazerij. Hij heeft iets te vertellen ook aan de juridische professie mede omdat hij blijkt geeft van een erg goede kennis van de dogmatiek. Bovendien is het gezichtspunt van de vrije onderhandelingen, de vrije transactie en de welvaartsstijging die daarvan het gevolg is, zeker een gezichtspunt dat sterk van belang is in het evalueren van een rechtstelsel of een deel ervan.

Iets anders is ten eerste of het eindelijk wil lukken om de rechtsgeleerdheid en de empirische wetenschappen tot elkaar te brengen. Ondanks alle integratievakken op juridische faculteiten is het nog niet gelukt om een interdisciplinair begrippenapparaat, laat staan discussie te ontwikkelen. Lukt het Visscher wel? We moeten het afwachten, maar het helpt niet dat hij zich aanvankelijk zo prententius opstelt, terwijl natuurlijk het strak volgehouden maar onvermijdelijk zeer beperkte uitgangspunt van de al even gesignaleerde gedragsveronderstellingen niet helpt in 'sympathie' voor (stukken van) zijn betoog. Wat te denken van de rechtvaardigheid en de billijkheid waarmee hij vanzelfsprekend niet uit de voeten kan als hij in hoofdstuk 2 'de doelen van het aansprakelijkheidsrecht' behandelt. Dat het billijk is dat zwakke verkeersdeelnemers niet (geheel) met schade blijven zitten ook als zijzelf wonderlijke capriolen uithaalden, kan in de rechtseconomie niet goed geplaatst of verwerkt worden. 'Rechtvaardigheid' als notie wordt op de bladzijden 21 en 28-29 genoemd en in enkele alinea's weggeschreven. Dit mogen inderdaad grote woorden zijn die vaak als stoplap gelden als de redenering van een arrest een gat moet vullen (zoals Vranken mooi uitlegt in een recent preadvies in Rechtstheorie en Rechtsfilosofie), maar wanneer zoals hier elke verwijzing naar deze noties ontbreekt, wekt dat onvrede. Daar komen de gedragsveronderstellingen bij. Veel meer dan de rechtssociologie is deze aanpak een modelmatige. Neem de beroemde discussie over het boven al even genoemde beschermingsregime voor zwakke verkeersdeelnemers (blz. 90). Voetgangers en fietsers genieten extra bescherming ten koste van de automobilisten en bus- en tramchauffeurs (althans hun werkgevers, en de achterliggende verzekeraars). De automobilist is al snel aansprakelijk ook als we met een dulle fietser te maken hebben. Zeg nu niet: deze subtiele schade (aansprakelijkheids)verdeling doet er weinig toe, uiteindelijk staan aan beide kanten verzekeraars en is het vestzak-broekzak gedoe om zo subtiel na te denken over wie wel of niet de schade moet dragen en wat dat gedragsmatig met de malle fietser of de boze automobilist ('die er niets aan kon doen') doet. Rechtseconomisch niet aldus, zegt Visscher, want de kosten voor een bus die groen licht nadert om telkens bij groen licht alleen stapvoets te rijden omdat er allicht een dulle fietser door rood schiet, zijn veel hoger dan de schade die de fietser lijdt.



Dit kan je toch alleen opmerken als je aanneemt dat de fietser, als het anders geregeld zou zijn, voortaan niet meer zo doldwaas door rood rijdt. En dat neem je weer aan als je meent dat fietsers hun doldwaasheid laten hangen van onder meer de overweging of zij bij een hen overkomend ongeval (aanrijding door een bus bijvoorbeeld) hun schade geheel of tot de helft 'automatisch' vergoed krijgen. Ik heb zo'n veronderstelling altijd heel erg irreëel gevonden en dat gevoel krijg ik weer. Hetzelfde gevoel komt op bij lezing van de bewering dat risicoaansprakelijkheid voor gevaarlijke producten de kwade kans heeft dat de consument ruw omgaat met het product want zijn schade krijgt hij toch wel vergoed. Z'n stomme consument ken ik niet. 'Ergens' (in gevallen als deze) gaat het dus mis met de zo strak volgehouden deductie uit een beperkt aantal veronderstelde gedragsregelmaticheden.

Visscher heeft er ook erg weinig aan gedaan om zijn aanpak te plaatsen in het geheel van de rechtswetenschappen in ruime zin. Een minuscuul voorbeeld. Hij heeft het bestaansrecht van de categorie 'inbreuk op een subjectief recht' verklaard, zegt hij en deze term gebruikt hij over de hele linie (blz. 2). Inderdaad, zo kan je dat noemen. Ook de rechtssociologen zeggen wel eens dat ze het bestaan van een juridisch dogmatisch element of een specifieke rechtsregel als een reëel in de maatschappelijke praktijk van de rechtsorde waarneembaar feit, hebben verklaard. Soit, maar de jurist, althans de rechtsgeleerde, 'verklaart' ook, en gebruikt dit woord voor en na, en wel wanneer zij menen de rechtsgrond van een rechtsregel of instituut (het onderliggend beginsel) te hebben afgeleid. Op blz. 19 gebruikt de auteur volgens mij 'verklaren' in deze juridische zin. Maar of dit daar zo bedoeld is of niet, hij neemt niet de moeite al die verklaringsbegrippen uit te leggen. Hoeft ook niet in een studie als deze, maar het bevordert de integratie binnen de rechtswetenschappen in ruime zin niet.

### Ten slotte

Ik vind dit een monumentaal en tevens monomaan boek dat op zijn eigen wijze diep doordringt in het hart van het recht en de samenleving. Zo'n brede aanpak van een belangrijke kwestie uit de *heartlands* van de rechtsorde krijg je maar weinig onder ogen. Wie went aan de zeer specifieke uitgangspunten van deze studie krijgt loon naar werken: de opbrengst van het werk is duidelijk meer waard dan de kosten om er door heen te ploegen, en wat willen we meer?



## Lekenrechtspraak in België: het insiderperspectief

Paul De Hert

Bespreking van: Gerrit Franssen, Jean Van Houtte, Francis Van Loon, Daniel Cuypers, Jean Laenens, *De arbeidsgerechten en hun lekenrechters. Een rechts-sociologisch onderzoek in het rechtsgebied Antwerpen*, Antwerpen – Oxford: Intersentia, 2005, 196 blz., ISBN 9050954642

Traditioneel ontbreekt het in België bij de gerechten aan gedetailleerde, gepubliceerde statistieken. Dat is ook het geval voor de Belgische arbeidsgerechten. Gerrit Franssen is werkzaam als socioloog bij het Centrum voor Rechtssociologie (CRS), dat deel uitmaakt van de Faculteit Politieke en Sociale Wetenschappen van de Universiteit Antwerpen. In een eerdere studie presenteerde hij, samen met anderen, een nuttige kwantitatieve analyse van de arbeidsgerechten in het rechtsgebied Antwerpen.<sup>1</sup> Hoewel deze arbeidsgerechten sinds enkele jaren jaarverslagen maken, was er externe deskundigheid nodig om die gegevens naast elkaar te leggen en te vergelijken. In die eerste publicatie gebeurde dat. Franssen en zijn collegae bestudeerden de evolutie van de *caseload* van zes arbeidsgerechten: het arbeidshof van Antwerpen, de arbeidsrechtbanken van Antwerpen, Turnhout, Mechelen, Hasselt en Tongeren. Onder meer blijkt uit de studie dat er bij de arbeidsgerechten zo goed als geen gerechtelijke achterstand is.

Voorliggend boek is een kwalitatieve vervolgstudie die verder bouwt op de onderzoekscontacten en vertrouwdeheid opgedaan naar aanleiding van de eerste kwantitatieve analyse. Centraal staan ditmaal vragen zoals: Welke zijn de valkuilen waarmee de arbeidsrechtbanken kampen? En is het nuttig te werken met lekenrechters naast de beroepsrechters?

Ter beantwoording van deze vragen ging de auteur opnieuw samenwerken met collegae uit dezelfde universiteit: Van Houtte, eveneens werkzaam bij het Centrum voor Rechtssociologie (CRS), en Cuypers en Laenens, werkzaam binnen de Faculteit Rechten.<sup>2</sup>

---

1 Gerrit Franssen, Francis Van Loon, Jean Van Houtte, Daniel Cuypers, Jean Laenens, *De arbeidsgerechten in het rechtsgebied Antwerpen: een kwantitatieve analyse van de behandelde zaken*, Antwerpen – Oxford, Intersentia, 2003, 172p.

2 Deze samenwerking werd mogelijk gemaakt door financiële steun van respectievelijk het Fonds voor Wetenschappelijk Onderzoek-Vlaanderen en de Universiteit Antwerpen.

### Het arbeidsgerecht

Een eerste deel van het boek gaat in op de algemene werking van de arbeidsgerechten (p. 19-60). Het tweede deel, het zwaartepunt, gaat in op de aanwezigheid van lekenrechters in deze gerechten (p. 61 – 166), een specifiek kenmerk van deze gerechten dat ze, zelfs in een land met België dat meerdere vormen van lekenparticipatie kent, vrij uniek maakt.

Om een zicht te krijgen op de algemene werking van de arbeidsgerechten deden de onderzoekers *face-to-face*-interviews met insiders (voorzitters, hoofdgriffiers, arbeidsauditeurs, beroepsmagistraten en lekenrechters). Daarnaast maakten zij gebruik van een uitgebreide schriftelijke enquête over de rol van de lekenrechters. Hiertoe werden alle lekenrechters in het rechtsgebied (344) aangeschreven, evenals 41 beroepsrechters aangeschreven, waarvan respectievelijk 165 en 23 de enquête ingevuld terugstuurden. Nadien werden een 25-tal rechters – beroepsrechters en lekenrechters – uitgenodigd voor een diepte-interview.

Het eerste deel leest als een goede handleiding op het leven in de arbeidsgerechten *zoals het echt* is. De lezer krijgt een goed beeld van de feitelijke rol die voorzitters, hoofdgriffiers, beroepsmagistraten én lekenrechters vervullen binnen de rechtbank. Zo dacht ondergetekende dat griffiers al het vuile werk deden, maar dat blijkt niet uit deze analyse. Integendeel blijkt er uit dat sommige griffiers onvoldoende goed opgeleid zijn om aan de gestelde jobverwachtingen te voldoen. Herkenbaar zijn de obstakels van de betrokkenen die onder meer klagen over het centrale bestuur vanuit de overheidsdienst justitie en de greep van de centrale ambtenarij op kleine dagelijkse organisatorische en materiële dingen. In feite gebeurt er weinig spannends in die arbeidsgerechten. Tamelijk veel aandacht in de studie krijgt het gegeven dat de meerderheid van beroepsrechters en lekenrechters een voorkeur hebben voor arbeidsrechtelijke zaken, terwijl 90 procent van het werk bestaat uit sociale zaken (geschillen in sociale zekerheid en sociale bijstand). Ik kan me er niets bij voorstellen maar er is iets mis met die 90 procent. Blijkbaar kunnen die de rechters niet boeien en toch vragen ze veel ‘overhead’ omdat er een verplichte tussenkomst bestaat van het openbaar ministerie (het arbeidsauditoraat), wiens advies in bijna 90 procent van de geschillen wordt gevolgd. Is ondergetekende een hedonist? Het is immers niet zeker of ik een baan die maar voor 10 procent bevalt lang zou uitzingen.

### De lekenrechters bij het arbeidsgerecht

Het tweede deel van de studie, over de lekenrechters, is het echte aankoopargument van dit boek en is van aard om ook het Nederlandse publiek te boeien. Lekenparticipatie (inclusief juryrechtspraak) is geen anachronisme uit het *Ancien Régime* of de Amerikaanse *Far West*, maar vormt dé regel in de gehele Westerse wereld, met Nederland als één van de grote uitzonderingen. Hoewel, ook in Nederland is er groeiende politieke aandacht voor dit verschijnsel (zie de Forumbijdragen in dit nummer) en zijn er precedënten in specifieke rechtsgebieden en in het verleden.

De door Franssen en collegae bestudeerde lekenrechters staan mijlenver van de juryrechtspraak zoals we die kennen van processen genre Dutroux en Michael Jackson. Deze lekenrechters worden immers door representatieve organisaties (de 'Boerenbond', middenstandorganisaties, vakbonden en werkgeverclubs) voorgedragen en zetelen voor bepaalde tijd.<sup>3</sup> Bij arbeidsconflicten maakt dit dat er rechts van de beroepsrechter een 'rechter' zit uit de werknemershoek en links een 'rechter' vanwege de werkgevers.

De onderzoekers gaan grondig in op deze vorm van belangenrepresentatie en wat ze noemen de 'nevenfunctie' van deze leken. De lekenrechters legitimeren niet alleen de belangenorganisatie, maar maken deze slimmer: door hun aanwezigheid in arbeidsgerechten, blijven sociale rechters en raadsheren immers permanent op de hoogte van evoluties in de sociale rechtspraak. 84 procent van de lekenrechters vindt de opgedane kennis bruikbaar voor de organisatie. De arbeidsgerechten zijn dus een belangrijke leerschool voor de werkgevers- en werknemersorganisaties.

De eigenlijke functie van deze lekenrechters is te zorgen voor een gerecht met een menselijk gezicht, te controleren of de beroepsrechters integer werken en de terreinervaring en -wijsheid binnenbrengen bij de feitelijke beoordeling van de zaken. Al deze aannames worden door de onderzoekers sterk gerelativeerd.

Zo is er nauwelijks sprake van het dichten van een kloof tussen rechtszoekende en justitie door deze lekenrechters: arbeidsgerechten hebben zoals alle gespecialiseerde kleine rechtscolleges een gespecialiseerd cliënteel en doorgaans laten de betrokkene zich vertegenwoordigen of vervangen door een raadsman. Vakbonden in België hebben het recht in naam van een lid te procederen. Bovendien blijkt uit de studie blijkt dat lekenrechters er zelden of nooit tussenkomen tijdens de zittingen, waardoor ze ook niet als tolk tussen de rechtzoekende en de magistratuur kunnen gaan staan.

Ook is het moeilijk aan te wijzen hoe deze lekenrechters de beroepsrechters controleren. Ze hebben een impact op de gerechtelijke besluitvorming, doch deze betreft vooral de beoordeling van de feiten (niet de juridische beoordeling) en is al bij al beperkt. Er zijn geen voorbesprekingen en de voorbereiding van de leken is quasi onbestaand. Tijdens de zittingen spelen de lekenrechters een weinig actieve rol. Zo stellen lekenrechters zelden rechtstreeks vragen aan de partijen. Opvallend hierbij is dat zowel beroepsrechters als lekenrechters dit ook niet tot de taak van lekenrechters rekenen. Wel nemen lekenrechters nota. Op onze honger blijven we wanneer de auteurs stellen dat ze bij gebreke aan een grondige inhoudsanalyse van uitspraken niet kunnen aantonen of lekenrechters bijdragen tot meer (of minder) sociale rechtvaardigheid.<sup>4</sup>

Wat het meeste bij blijft van deze studie is de grote mate van tevredenheid over de gemengde rechtbanken bij alle betrokken rechters: een meerderheid groter dan 90 procent van de professionele en niet-professionele rechters wenst

---

3 Het mandaat is vijf jaar en niet voltijds. Sommige lekenrechters zetelen gedurende enkele maanden zeer regelmatig (wekelijks of tweewekelijks); andere lekenrechters zetelen continu maar dan minder frequent (bijvoorbeeld één keer per maand).

4 Gerrit Franssen, e.a., *o.c.*, 178-188.

het lekensysteem binnen het arbeidsrecht te behouden. De auteurs, die te raden gaan bij Richard Scott,<sup>5</sup> spreken over de positieve uitstraling van de lekenrechters. Hun aanwezigheid draagt bij tot de bestendiging van het bestaansrecht van het gerechtelijke systeem van sociale rechtspraak. Niemand komt op de idee om de arbeidsrechtbanken af te schaffen en te integreren in de burgerrechtelijke kamers. Lekenrechters hebben met andere woorden eerder een symbolische functie dan een juridisch-technische, materiële functie. Hun deelname verhoogt het vertrouwen in justitie bij het middenveld (de representatieve organisaties) en de bevolking. Bovendien blijkt dat de meerwaarde van de lekenrechters eerder bestaat in het bevestigen in plaats van ontkennen van de rol van beroepsmagistraat.

### Ten slotte

Deze studie is trefzeker. De meerwaarde van lekenrechters bij arbeidsgerechten, hoe moeilijk aanwijsbaar ook, wordt volgens mij overtuigend in kaart gebracht. De studie is echter bescheiden en niet baanbrekend. De theorievorming is beperkt en de lezer die meer wil weten over het bredere fenomeen van lekenparticipatie wordt nauwelijks geholpen. Wellicht is dat ook beter zo. De behoefte in het lekendebat is in de eerste plaats er één aan empirie. Daar draagt deze studie goed aan bij.

---

5 W.R. Scott, *Organizations : Rational, Natural, and Open Systems*, Stanford, Prentice Hall, 1992.

## Journal of Legal Pluralism Overview

Wibo van Rossum

Recht der werkelijkheid verschijnt wel eens wat later, maar dat is niets vergeleken met *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*<sup>1</sup>. Ik besloot om in ieder geval de publicatie van nummer 49 van 2004 (!) af te wachten voordat ik aan de laatste twee jaargangen een overzicht zou wijden. Dat nummer viel in maart van dit jaar op de deurmat. De verschijning van nummer 50 (2005) is al aangekondigd, dus misschien loopt men de achterstand in.

Nummer 49 van 2004 bevat vijf artikelen, waarvan er vier als ‘case study’ zijn te betitelen. Sommige artikelen zitten dicht tegen juridisch onderzoek aan, één is theoretisch, in weer andere ligt de kern bij een pleidooi voor een bepaalde (rechts)ontwikkeling. Deze verscheidenheid in een regulier nummer maakt duidelijk dat ‘de rechtsantropologie’ multidisciplinaire en sociaal-juridisch-theoretische benaderingen omvat. Om deze verscheidenheid goed te laten uitkomen, bespreek ik dit nummer uitgebreid.

Het artikel *Official Policies for (Un)Official Customs: The Hegemonic Treatment of Hindu Divorce Customs by Dominant Legal Discourses* van Livia Holden heeft als empirisch materiaal het persoonlijke verhaal van een gescheiden Indiase vrouw. Dat verhaal legt de auteur aan tegen jurisprudentie van Indiase rechters (lagere, maar ook High Court) inzake echtscheiding. Doel van die operatie is ‘te reflecteren op mogelijke uitkomsten van de beschreven zaak in het licht van de jurisprudentie’ (p. 47). De auteur transformeert de empirische casus daarmee in feite tot een juridische, aan de hand waarvan een aantal ‘what if’-vragen wordt gesteld. Het verschuiven van accenten in de empirie leidt dan tot verschillende juridische uitkomsten. De originele jurisprudentie is minstens zo interessant. Holden laat zien hoe rechters worstelen met het traditionele hindoerecht waarin ‘echtscheiding niet bestaat’. Niet alleen menen rechters dat de situatie soms toch echtscheiding rechtvaardigt, ook laten lokale gewoonten en kasteregels (gehanteerd door de *panchayat*) soms een uitzondering op de regel toe. De belangrijkste eis aan de rechters lijkt te zijn om de vele uitzonderingen zodanig te formuleren dat de regel in stand blijft, zodat de samenleving de rechterlijke uitspraken accepteert. De auteur ziet in de jurisprudentie vooral onderdrukking van vrouwen en een neerbuigende houding van de rechterlijke macht ten aanzien van lage kasten, maar het empirische materiaal laat meerdere theoretische perspectieven toe. Ik zou zelf bijvoorbeeld willen aansluiten bij de notie van een ‘Indic legal sensibility’ zoals Clifford Geertz die heeft omschreven:

---

1 <http://www.jlp.bham.ac.uk/>

For what most distinguishes the Indic legal sensibility from others is that right and obligation are seen as relative to position in the social order, and position in the social order is transcendently defined. What is just for the absolute goose is not for the absolute gander; for the priest for the warrior, the monk the layman, the householder the hermit, the once-born the twice, the inhabitant of fallen times the inhabitant of golden ones. Social category, whether ritually characterized as in caste Hinduism or ethically so as in merit Buddhism, represents a sorting of groups and individuals into natural classes according to the rules they naturally live by. Status is substance. (Geertz 1983)

Binnen dit interpretatieve kader krijgen we volgens mij meer zicht op het gegeven dat de moderne Indiase rechter in het recht zoekt naar particuliere oplossingen voor specifieke gevallen en zijn beslissing in een zaak toesnijdt op de door de goden toebedeelde maatschappelijke plaats van partijen. Hij zoekt dus naar ‘dharma’ in concrete gevallen en is in die zin ‘traditioneel’. Modern aan hem is dat hij als jongleur de hegemonistische aanspraken van vooral het statelijke rechtssysteem in de lucht moet weten te houden.

De tweede case study is *Life in Reindeer Rhythms: Customary and State Regulation* van N. Novikova. Met zo’n titel zou je een verhaal kunnen verwachten over radicaal verschillende rechtssystemen: een van de staat en de ander van een groep die zijn leven en recht baseert op het ritme van het rendierleven. Gebaseerd op verschillende uitgangspunten ‘never the twain shall meet’. De titel moet echter anders, romantisch geïnterpreteerd worden. De ‘kleinschalige nomadische gemeenschappen’ in het noorden van de Russische Federatie staan bloot aan industrialisatie van hun gebieden en aan modernisering van de jeugd die niet meer in ‘het leven volgens het ritme van de rendieren’ geïnteresseerd is. De ‘oorspronkelijke cultuur’ is dus aan het verdwijnen (p. 75-76). Moet die cultuur worden behouden? Ja, aldus de auteur, en wel door het gewoonterecht van de nomaden te erkennen, er algemene rechtsbeginselen uit te destilleren (uiteraard mogen ze niet in strijd zijn met de mensenrechten en het federale en statelijke recht), en die te codificeren zodat ze door de staat kunnen worden toegepast. Het gaat om een project dat daadwerkelijk wordt uitgevoerd. De staat neemt en de staat geeft – maar krijgen de nomadische groepen in Rusland hun eigen recht terug? Bij de auteur geen spoor van twijfel. Alleen al met behulp van de bekende Gluckman-Bohannan controverse echter is het project van Novikova te problematiseren.

De Gluckman-Bohannan controverse komt op het volgende neer. Max Gluckman beschreef en analyseerde het rechtssysteem van de Barotse in Rhodesië in Engelse rechtstermen als ‘evidence’, ‘agreement’, ‘right’, ‘duty’ enzovoort. Hij had weliswaar aandacht voor afwijkende connotaties in het Barotse recht, maar over het geheel genomen vond hij de Engelse rechtsconcepten toepasselijk. Het gebruik ervan was bovendien noodzakelijk, aldus Gluckman, wilde men rechtssystemen vergelijken. Paul Bohannan, die het rechtssysteem van de Tiv in Nigeria onderzocht, was het hier helemaal niet mee eens. ‘English jurisprudence has developed a vocabulary for talking about English law (and to a lesser extent talking about comparative law and conflicts). Tiv have not deve-



loped jurisprudence. Therefore, even to get these two matters onto a comparative level, the ethnographer must do for the Tiv what they have not done for themselves – find a ‘theory’ of Tiv legal action.’ (Bohannan 1969: 404) Bohannan vond dat met bij de concepten van de Tiv moest beginnen om deze ‘theory of Tiv legal action’ te formuleren.

De Gluckman-Bohannan controverse is relevant voor het project van Novikova, omdat daarmee de ‘vertaalslagen’ van begrippen uit de nomadische naar de statelijke rechtscultuur (en weer terug) geïnterpreteerd kunnen worden (zie overigens voor een radicalere variant: Sack 1998). Als de bedoeling van het project is om de nomadische rechtsculturen in Rusland te behouden, dan moet niet achteraf blijken dat de nomaden hun eigen cultuur niet herkennen in de beschrijving van de Russische onderzoekers.

De derde casestudy brengt ons in Indonesië en wil inzicht geven in de ‘competitie en interpenetratie’ van verschillende rechtssystemen ‘in the courtroom’ voor zover het gaat om erfrechtelijke kwesties. Ik heb in de loop der jaren geleerd<sup>2</sup> dat ‘in de rechtszaal’ niet hoeft te betekenen dat de onderzoeker, in dit geval Sulistyowati Irianto, daadwerkelijk zittingen heeft bijgewoond en over dat materiaal rapporteert. Net zo vaak gaat het om de behandeling van jurisprudentie, om dossieronderzoek of – wat hier het geval is – om onderzoek van documentatie op de rechtbank.<sup>3</sup> De betekenis en status van empirisch materiaal dat met onderzoek naar archieven in officiële instanties boven tafel wordt gehaald, wordt vreemd genoeg niet geïnterpreteerd. Elke sociale wetenschapper zal zich bewust moeten zijn van het feit dat de gegevens op een rechtbank voor een specifiek doel worden vastgelegd en bewaard. Dat maakt het materiaal niet ‘besmet’, maar wel moet er rekenschap worden gegeven van de vertaalslag van een – om het maar algemeen te zeggen – sociaal conflict naar de juridische termen waarin het conflict door juristen kan worden afgedaan (en van wat vervolgens nog van het sociale is te traceren). Met het onderzoeken van rechtbankdocumenten heeft de auteur concrete jurisprudentie boven tafel gekregen. De rechtszaken die worden beschreven zijn uit 1961, 1971, 1973 en 1980 en in enkele gevallen ‘klassiekers’, waardoor de vraag rijst of er geen recentere rechtspraak is te vinden waarin rechters zich afvragen of ze rekening moeten houden met de lokale *adat*. De auteur wijdt telkens enige aandacht aan de juridische overwegingen van de rechter, om bijvoorbeeld na een redenering

2 De literatuur met ‘rechtszaal’ in de titel of met die zoekterm gevonden, die ik voor mijn onderzoek naar ritueel gedrag van Turkse verdachten in de rechtszaal heb gelezen, bleek niet per sé betrekking te hebben op het gebeuren in de rechtszaal zelf. ‘Kijken in de rechtszaal’ van Bert Snel (1977) bijvoorbeeld gaat in op de strafrechtelijke relevantie van de huwelijkse staat en de hoogte van het inkomen van verdachten, die ook uit de dossiers hadden kunnen worden afgeleid.

3 Ik probeer hier de tekst aan te houden. De auteur schrijft ‘Four of the five case studies used in this article are gathered from documentary research. They concern Batak women who have experienced disputes over inheritance. The court documentation is from Batak local courts.’ (p. 94) De vijfde zaak betreft een vrouw die haar zaak juist niet voor de statelijke rechtbank heeft gebracht. Deze zaak, aldus de auteur, ‘has been gathered from empirical research’. (p. 95)

van de rechter ‘dat mede gewicht toekomt aan specifieke gewoonte X’ te concluderen dat ‘the boundaries between various legal systems are blurred’. (p. 104)

Voordat ik de vierde en inhoudelijk meest interessante case study bespreek, ga ik in op het theoretische artikel. Het is van William Twining en draagt de titel *Diffusion of Law, A Global Perspective*. Twining pleit in royale paletstroken voor een veel bredere studie van ‘diffusion of law’ (daaronder begrepen receptie, transplantatie, verspreiding, export, opleggen, circulatie etc van recht). Allerlei vooronderstellingen moeten daarvoor losgelaten worden: dat een exporteur aangewezen zou kunnen worden, dat een transplant van het ene naar het andere systeem zou gaan, dat een transplant een gat in een ander rechtssysteem op zou vullen, dat een systeem in principe niet verandert na ontvangst van een transplant enzovoort. (p. 3) Ook het idee dat alleen het statelijke recht onderzocht wordt, moet worden verlaten: Met het innemen van een ‘global perspective’ moet alle recht op diverse ‘levels’ in ogenschouw worden genomen: staatsrecht, supranationaal, internationaal, religieus, ‘soft law’, lokale rechtstradities en rechtsgewoonten enzovoort. (p. 11-12) Twining’s artikel bevat een tabel met een ‘naïef’ model (met hierboven genoemde vooronderstellingen) gecontrasteerd met vele varianten op elk van de onderdelen van dat model. Voorbeeld: De vooronderstelling is vaak dat het bij ‘legal transplants’ gaat om rechtsregels of –concepten, maar als we uitgaan van ‘diffusion in a global perspective’ dan stuiten we ook op ideeën, ideologie, personeel, methoden, structuren, educatie, genres, symbolen en rituelen. Deze tabel werkt Twining vervolgens uit met toelichting en voorbeelden. Het gaat met andere woorden om een verhaal van ‘wakker schudden’ en ‘oogkleppen af’, met als gevolg dat het hele onderzoeksveld opnieuw open ligt.<sup>4</sup> Twining wijst erop dat de complexiteit van ‘the big picture’ vraagt om gedetailleerd onderzoek van afzonderlijke rechtsfenomenen. (Ons eigen Recht der Werkelijkheid, bijvoorbeeld ‘In Lawyers Circles’ (2004), bevat natuurlijk goede voorbeelden als het gaat om ‘lawyers’ en ‘diffusion of law’.)

De vierde case studie uit nummer 49 van het *Journal of Legal Pluralism* is interessant omdat de auteur een pleidooi houdt voor opheffing van het rechtspluralisme in Nigeria (althans gedeeltelijk). De auteur Abdulmumini Oba wil geen ‘diffusion of law’ maar ‘segregation of law’. Dat pleidooi hangt hij op aan een beschrijving van de juridische opleidingen in Nigeria en de vreemde situatie van in ‘common law’ opgeleide juristen die uitspraken doen volgens islamitisch recht. Maar Oba richt zijn pijlen ook op de islamitische rechters die onvoldoende opgeleid zijn en die op de islamitische rechtbanken islamitisch recht spreken. Hij wil islamitische rechters die een *goede* opleiding hebben genoten in het islamitische recht. Die kunnen dan exclusief de rechtspraak voor de mos-

4 Een interessante vraag is over wiens vooronderstellingen Twining het heeft. Wie wil hij wakker schudden en de schellen van de ogen laten vallen? Zouden het rechtsantropologen zijn, misschien onderzoekers als Novikova die algemene rechtsbeginselen van nomaden wil optekenen om hun rechtscultuur vast te houden? Juristen die het recht bestuderen zonder het terug te leggen in historische en maatschappelijke omstandigheden (zijn ze er nog)? Zouden het rechtssociologen zijn tegen wie hij zich richt? Of is het een stroman?

limbevolking in Nigeria uitvoeren. De 'common law courts' kunnen zich vervolgens beperken tot het toepassen van 'common law' en het gewoonterecht van de minstens 250 etnische groepen in Nigeria. (p. 149) Theoretisch wordt hiermee wat moslims betreft het rechtspluralisme afgeschaft: op hen is alleen islamitisch recht van toepassing (met de impliciete boodschap: islamitisch recht kent geen gewoonterecht). De rest van de bevolking weet zich nog wel rechtspluralistisch onder de paraplu van 'common law' en gewoonterecht.

Waarom pleit Oba voor deze rechtsontwikkeling? Hij wil een juiste toepassing van het islamitische recht. Hij wil daarom professionalisering van moderne islamitische juristen, die midden in de moderne samenleving moeten staan:

Relevant and result-oriented Shari'ah education today must include substantial western educational learning in the fields of the humanities, the social sciences, and pure science. A sound grasp of history, economics, philosophy, sociology, international law and politics are also indispensable to would-be Shari'ah practitioners. So also is knowledge of medicine and astronomy. Shari'ah practitioners must be properly equipped to deal with the crucial issues of our time. These include issues of secularism, legal pluralism, human rights, rights of minorities and non-Muslims living in Islamic states, and gender issues. (p. 121-122)

Oba legt de intellectuele lat voor sharia rechters met deze eisen wel erg hoog, maar het is de vraag of bepaalde vonnissen van islamitische rechtbanken daarmee kunnen worden voorkomen. Daarmee bedoel ik vonnissen als van de negentienjarige dief Lawal Usman wiens hand van de rechtbank geamputeerd mag worden en van de homo die steniging riskeert.<sup>5</sup> Ook goed opgeleide sharia rechters zouden waarschijnlijk deze beslissingen afgeven. Het artikel van Oba gaat niet over het inhoudelijke recht en de botsing met mensenrechten; voor hem staat de sharia als heilig of Goddelijk recht buiten kijf. (Oba 2003)

#### *Uit nummer 48*

Nummer 48 uit 2003 bevat vier artikelen, waarvan drie van Nederlandse auteurs. Het lange openingsartikel is van de hand van John Griffiths en bevat een update van zijn langlopende project van de rechtssociologische theorievorming over effectiviteit van wetgeving: *The Social Working of Legal Rules*. Griffiths beschrijft de structuur van zijn stuk zelf als autobiografisch.<sup>6</sup> Maar waar hij 25

5 Dit soort gevallen komen al snel met even 'googelen' boven water. Zie [http://www.mg.co.za/articlepage.aspx?area=/breaking\\_news/breaking\\_news\\_\\_africa&articleid=251387](http://www.mg.co.za/articlepage.aspx?area=/breaking_news/breaking_news__africa&articleid=251387) voor de zaak van Lawal Usman en <http://www.sodomylaws.org/world/nigeria/ninews013.html> <http://www.sodomylaws.org/world/nigeria/ninews013.htm> voor de vervolging van een homofiele man die een oordeel 'dood door steniging' wacht.

6 Volgens mij hebben Twining en Griffiths grofweg dezelfde tegenstander. Bij Twining is het de jurist/sociale wetenschapper die enkel in juridische concepten en actoren denkt, bij Griffiths de jurist/sociale wetenschapper die alleen in het paradigma van het instrumentalisme denkt. Ik denk dat in beide gevallen de tegenstander nauwelijks nog bestaat.

jaar geleden tot de deprimerende conclusie kwam dat de rechtssociologie op dit gebied tot geen enkele algemeen geldige uitspraak was gekomen, is hij nu optimistischer. 'It does seem possible to give a general, theoretical, sociological answer to the question with which I began: Under what conditions do people follow a legal rule?' (p. 2) Griffiths schrijft logisch dwingend – het is goed zoeken naar de sprongen die hij desondanks maakt en de hobbels die hij links laat liggen. Wat hij bijvoorbeeld verstaat onder 'het volgen van een regel', omzeilt hij. Verder blijft de impliciete boodschap van Griffiths: al het onderzoek dat geen toetsbare hypothesen oplevert, is geen wetenschap.

Een andere Nederlandse auteur is Joris van de Sandt die schrijft over zijn dissertatie-onderzoek onder de titel *Communal Resource Tenure and the Quest for Indigenous Autonomy: On State Law and Ethnic Reorganization in two Colombian Resguardos*. Van de Sandt beschrijft kort twee 'resguardos' in verschillende delen van Colombia en – zoals de titel al aangeeft – hun worsteling met de staat, met commerciële organisaties en met illegale coca in hun zoektocht naar autonomie. De constitutionele bevestiging van 'eigen recht' en zelfbeschikking blijkt net zo vaak voor- als nadelig voor de sociaaleconomische ontwikkeling en de autonomie van inheemse volkeren. De derde Nederlander in dit nummer is Monique Nuijten met het op haar proefschrift en later onderzoek gebaseerde artikel *Illegal Practices and the Re-Enchantment of Governmental Techniques: Land and the Law in Mexico*. Rechten op land volgens het aan het begin van de twintigste eeuw geïntroduceerde *ejido*-systeem hield in dat het land bewerkt moest worden en dat het land niet verkocht of verhuurd mocht worden. Wel mocht een erfgenaam worden aangewezen. Zulk recht vraagt er in tijden van schaarste natuurlijk om omzeild te worden en dat gebeurde ook. In de schaduw van het formele Mexicaanse recht ontwikkelden zich informele regels om het land wel te kunnen 'verhuren' of 'verkopen'. Interessanter is dat elementen uit het formele systeem soms een transformatie ondergingen en in de praktijk een geheel andere, symbolische betekenis kregen. *Re-enchantment* – herbetovering – noemt Nuijten dat (kennelijk naar Weber verwijzend in de zin dat het traditionele recht betoverd was en met de introductie van het moderne recht zoals het *ejido*-systeem is onttoverd). Bij de eerste registratie bijvoorbeeld werden stukken land elk met een nummer geregistreerd. Het was juridisch gezien niet de bedoeling dat zo'n genummerd certificaat heel precies met een formeel geregistreerd en afgemeten stuk land verbonden was. In de praktijk echter kreeg zo'n certificaat de status van het 'bewijs' van een stuk land en daarmee een quasi juridische, symbolische status. In dat opzicht zou je het jammer kunnen noemen dat met de nieuwe Agrarische Wet van 1992 de praktijk van omzeiling van het formele recht is gelegaliseerd. Onttovering dus weer. Waar mag vervolgens opnieuw betovering verwacht worden?

---

Interessant en paradoxaal is dat Griffiths' wetenschappelijke vraag voortvloeit uit de vooronderstellingen van (vroegere) juristen inzake instrumenteel recht. Griffiths 'contraire inspiratie' ligt namelijk in het denkkader van 'legal centralism' (de gedachte dat 'de staat' als enige recht produceert). 'Legal centralism' heeft Griffiths altijd als ideologie van juristen bevochten, terwijl zijn theorie mede dankzij die ideologie is opgebouwd.

De enige niet-Nederlandse auteur in dit nummer is Nidhi Gupta met het artikel *Women's Human Rights and the Practice of Dowry in India: Adapting a Global Discourse to Local Demands*. Ze probeert aan te tonen dat mensenrechten en specifiek vrouwenrechten als 'individuele' 'rechten' zich best in het hindoeïsme met zijn accenten bij 'collectieve' 'plichten' thuisvoelen. Concepten moeten daarvoor zo ver opgerekt en 'geuniversaliseerd' worden, dat ze nietszeggend worden. 'Aan zowel de mensenrechten als het hindoeïsme ligt respect voor de mens ten grondslag', dat soort uitspraken. Haar andere beweging is in de richting van het 'contextualiseren' en 'localiseren' van universele rechten, maar dan blijft er van de inhoud zoals die er in het westen aan wordt gegeven, evenmin weinig over. En dat terwijl de 'bruidschat' en aanverwante regels rondom het huwelijk, zo erkent ook de Indiase overheid, in veel gevallen negatieve consequenties hebben voor vrouwen. Maar alle wettelijke en andere maatregelen hebben tot nu toe geen enkele van de gewenste effecten opgeleverd (het 'semi autonomous social field' bepaalt zelf de regels, zou Sally Falk Moore meteen roepen). 'Moeten we het dan maar opgeven?', vraagt Gupta zich af. Zij stelt in plaats daarvan voor om het idee te verlaten dat het recht enkel als onderdrukkend of sturend kan worden opgevat. Recht wil zij opvatten als 'site of discursive struggle':

'Law needs to be reconceptualized as a site of discursive struggle, where competing visions of the world, and of women's place therein, have been and continue to be fought out. (...) While legal results can be responsive to the immediate demand of the situation, each occasion can provide an opportunity to challenge underlying assumptions and values, can provide a platform for social activists and activist judges to voice their concern.' (p. 117).

Op de een of andere manier doet mij 'het schenken van een platform aan activisten' denken aan de 'recht als forum' gedachte uit de jaren zeventig van de 20<sup>e</sup> eeuw. 'Het recht moet een vrijplaats bieden voor de meningen uit de samenleving om communicatief handelen (à la Habermas) mogelijk te maken'. Maar Gupta is toch moderner. Haar worsteling met de instrumentele visie op recht (recht als instrument; social engineering) en haar conclusie dat dat perspectief niets oplevert, heeft zij in scène gezet. Het instrumentele en communicatieve perspectief op het recht heeft zij al verlaten. Haar perspectief op strijd en macht en de rol van het recht ('law as a site of discursive struggle') zal zij echter nog nader moeten uitwerken. Misschien dat ze daarvoor terug kan grijpen op het werk van Foucault, maar ook zonder die bijdrage is de rechtsantropologie, zo blijkt, aantrekkelijk. We hadden anders immers niets geweten over de worsteling van Indiase en Indonesische rechters met hindoe recht en lokale 'adat', de rechtscultuur van nomadische rendierjagers, het opleidingsniveau van islamitische rechters in Nigeria, de vooronderstellingen achter de 'verspreiding van recht', de problemen rond autonomie van indianen in Colombia en de betoering van statelijke rechtsfiguren?

### Literatuur

- BOHANNAN, PAUL (1969) Ethnography and Comparison in Legal Anthropology. In Laura Nader (ed.) *Law in Culture and Society*. Berkeley and Los Angeles: University of California Press, pp. 401-418.
- GEERTZ, CLIFFORD (1983) *Local Knowledge: Fact and Law in Comparative Perspective*.  
[http://www.iwp.uni-linz.ac.at/lxe/sektktf/GG/GeertzTexts/Local\\_Knowledge.htm](http://www.iwp.uni-linz.ac.at/lxe/sektktf/GG/GeertzTexts/Local_Knowledge.htm)
- GLUCKMAN, MAX (1969) Concepts in the Comparative Study of Tribal Law. In Laura Nader (ed.) *Law in Culture and Society*. Berkeley and Los Angeles: University of California Press, pp. 349-373.
- OBA, A.A. (2003) Improving Women's Access to Justice and the Quality of Administration of Islamic Justice in Nigeria. In Joy Ngozi Ezeilo, Muhammed Tawfiq Ladan & ABIOLA AFOLABI-AKIYODE (eds) *Shari'a Implementation in Nigeria Issues & Challenges on Women's Rights And Access to Justice*. Published by Women's Aid Collective (WACOL), Enugu/Port Harcourt/Abuja & Women Advocates Research & Documentation Centre (WARDC), Lagos, pp. 44-73.
- SACK, PETER (1998) Law, Language, Culture. Verbal Acrobatics and Social Technology. 41 *Journal of Legal Pluralism*, pp. 15-34.

## Over de auteurs

TIM BOEKHOUT VAN SOLINGE werkt als universitair docent criminologie aan het Willem Pompe Instituut voor strafrechtwetenschappen van de Universiteit Utrecht. Naast het drugsthema waarop hij promoveerde, is zijn voornaamste onderzoeksgebied de ‘ecocrime’, de ecologische of groene criminaliteit, in het bijzonder de illegale hout- en dierenhandel.

JOHN GRIFFITHS is emeritus hoogleraar Rechtssociologie in Groningen.

PAUL DE HERT is behoudens zijn aanstelling aan de Vrije Universiteit Brussel, actief als hoofddocent bij het Tilt (Universiteit Tilburg). Aan de Vrije Universiteit Brussel is hij copromotor van het interdisciplinair onderzoek Legitimate Justice in Times of Insecurity. Hij publiceerde onlangs samen met S. Gutwirth: “Privacy, data protection and law enforcement. Opacity of the individual and transparency of power.” In: E. Claes, A. Duff & S. Gutwirth (eds.) *Privacy and the criminal law*, Antwerp/Oxford, Intersentia, 2006, 61-104.

ANDRÉ HOEKEMA is hoogleraar rechtspluralisme aan de Juridische Faculteit van de Universiteit van Amsterdam. Hij luidde zijn huidige functie in met de rede: *Rechtspluralisme en interlegaliteit*. Amsterdam: Vossiuspers UvA.

MARIJKE MALSCH werkt als senior onderzoeker bij het Nederlands Studiecentrum Criminaliteit en Rechtshandhaving (NSCR) in Leiden. Zij doet onder meer onderzoek naar de inbreng van leken in de rechtspraak, het beginsel van de openbaarheid in de strafrechtspleging, de wet Belaging en de rol van deskundigen in het strafrecht. Daarnaast is zij rechter-plaatsvervanger bij de Rechtbank Haarlem en in het Hof Den Bosch.

WIBO VAN ROSSUM is als universitair docent en onderzoeker verbonden aan de Faculteit Rechtsgeleerdheid van de EUR. Hij doet thans op financiering van de Raad voor de rechtspraak onderzoek naar hoe rechters en andere juristen in de praktijk omgaan met culturele achtergronden van allochtonen in familie- en arbeidsrechtzaken. Eerder deed hij onderzoek naar ritueel gedrag van Turkse verdachten in de rechtszaal en naar de alevitische cemrechtspraak. Hij verzorgt onderwijs in de vakken Inleiding Rechtssociologie en Anthropology of Law.

MAARTEN DE VOOGD was secretaris van de Projectgroep Veiligheid en Criminaliteitsbestrijding van de VVD. Hij is jurist en organisatieadviseur